

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**FELIPE GUSTAVO AGNE**

**A EXTINÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Florianópolis/SC

2013

**FELIPE GUSTAVO AGNE**

**A EXTINÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Dr. Pedro Miranda de Oliveira.

Florianópolis


2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

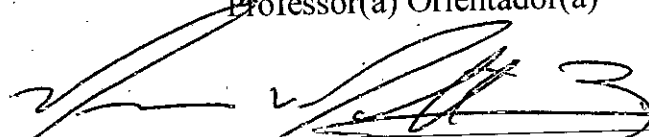
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A extinção das condições de ação no Processo Civil Brasileiro**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Felipe Gustavo Agne**, defendida em **04/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

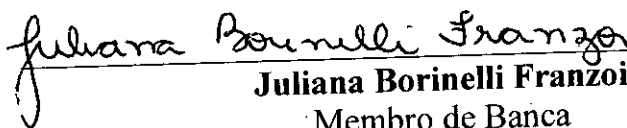
Florianópolis, 4 de Julho de 2013.



**Pedro Miranda de Oliveira**  
Professor(a) Orientador(a)



**Marcus Vinicius Motter Borges**  
Membro de Banca



**Juliana Borinelli Franzoi**  
Membro de Banca

## DEDICATÓRIA

## **AGRADECIMENTOS**

“Somos a resistência”

## RESUMO

A possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir necessitam ser analisados em qualquer relação jurídica material em que se façam enquadramentos normativos, e, pois, em qualquer processo, mesmo que não haja previsão expressa. As condições da ação sempre correspondem aos elementos da demanda e da relação substancial deduzida em juízo e seu regramento pode diferir em cada ordenamento, porque atribuído ao legislador infraconstitucional. A processualística brasileira valeu-se de um secular equívoco sobre as teorias da ação europeias para instituir e regulamentar as condições da ação em seu Código. A criação de uma ciência processual autônoma enraizou laços tão fortes na cultura jurídica que a tentativa de resgatar a ligação com o direito material por meio das condições da ação restou sem êxito, e o que é pior, implicou em incongruências tão gravosas que atravancam até hoje a extinção desta errônea categoria jurídica.

Palavras-chave: Ação de direito material. Teorias da ação. Condições da ação. Possibilidade jurídica do pedido. Legitimidade *ad causam*. Tutela coletiva. Interesse de agir em juízo.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b>  | 07  |
| <b>1 TEORIAS DA AÇÃO E DESENVOLVIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO</b>     | 09  |
| 1.2 Teoria clássica, civilista ou imanentista                        | 13  |
| 1.3 A polêmica de Windscheid e Muther                                | 17  |
| 1.4 Teoria da ação como direito abstrato de agir                     | 20  |
| 1.5 Teoria do direito concreto de ação                               | 21  |
| 1.5.1 A ação em Wach   | 22  |
| 1.5.2 A ação como um direito potestativo                             | 24  |
| 1.6 A teoria eclética do direito de ação                             | 28  |
| 1.7 Teoria adotada/adaptada pelo Código de Processo Civil brasileiro | 33  |
| <b>2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO</b>           | 47  |
| 2.1 A possibilidade jurídica do pedido                               | 48  |
| 2.2 A legitimidade para agir em juízo                                | 54  |
| 2.2.1 A legitimação extraordinária                                   | 65  |
| 2.2.2 A legitimação na tutela coletiva                               | 71  |
| 2.3 O interesse de agir  | 80  |
| <b>3 EXTINÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO</b> | 92  |
| 3.1 Abordagem jurisprudencial  | 124 |
| 3.2 O projeto de novo Código de Processo Civil                       | 128 |
| <b>CONCLUSÃO</b>   | 131 |
| <b>REFERÊNCIAS</b>   | 134 |



## INTRODUÇÃO

As condições da ação têm íntima ligação com o surgimento da ciência processual civil moderna e é um de seus principais pilares. As condições da ação existem em qualquer relação jurídica material e o seu regramento é decisivo para toda a sistemática e orgânica processual, inclusive, gestor de políticas judiciais.

A ciência processual moderna preocupou-se inicialmente em conceituar a ação. Para tanto couberam as iniciais delimitações conceituas de direito subjetivo, pretensão e ação, existentes tanto na seara processual quanto no âmbito do direito material, capazes de albergar boa parte das delongadas confusões doutrinárias pautadas. A primeira das teorias da ação, a clássica, vinculava o direito de ação ao direito subjetivo material deduzido e foi alvo das subsequentes teorias, todas com o intuito de desvincular os elementos de direito material da ação processual, ou seja, de desconstituí-la, criando um direito de ação independente, em verdade, uma ciência processual autônoma. Neste ínterim, o tratamento da ação processual predominou no traçado doutrinário, sem praticamente haver estudos sobre a ação de direito material.

À primeira teoria moderna da ação sucedeu a teoria do direito da ação como um direito abstrato de agir, sem que antes houvesse uma célebre polêmica travada entre os alemães Bernard Windscheid e Theodor Muther, ambas direcionadas à teoria clássica, e, entre eles, preponderando a desavença quanto à destinação da ação, posteriormente pacificada por Windscheid. As discussões surtiram efeito no cenário jurídico alemão, ao ponto de a teoria sequente entender o direito de ação completamente desvinculado do direito material, genérico e abstratamente estendido a todos. John Degenkolb e Sándor Plósz foram os precursores da teoria abstrata do direito de agir, que não ficou imune de críticas principalmente por se equivaler ao direito cívico de petição. Assim, os concretistas, liderados por Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda, irrisignados com a possibilidade de conceder demanda a quem não tivesse direito, estudaram um conceito de ação vinculado a uma sentença de procedência.

Aos dois polos antagônicos, distinguíveis pelas denotações ou notadamente processuais ou relacionadas ao direito substancial deduzido, surge a teoria eclética da ação de Enrico Tullio Liebman, com o intuito de conciliar as duas teorias, de forma a criar um elo de ligação entre direito processual e o direito material, quer qual as condições da ação. A teoria

em foco foi amplamente aceita na doutrina processual brasileira da época, tendo sido adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

A análise do Código de Processo Civil começa com a dificuldade hermenêutica de interpretar a extensão e abrangência das condições da ação, pois não dispõe de uma parte geral enumerando tal regramento, sequer parecendo limitar a existência de outras condicionantes da ação. A teoria adotada pelo Código de Processo Civil apresenta duas principais correntes de interpretação entorno do parágrafo 3º de seu artigo 267. Para uma delas, a teoria da prospecção, será demonstrado que diverge até mesmo da teoria eclética da ação, afundando ainda mais a problemática estabelecida entre condições da ação e mérito da demanda.

A possibilidade jurídica do pedido passa por iniciais dificuldades conceituais, inclusive, dependendo da percepção adotada, a criar bloqueios ao *leading case*. Do mesmo modo, a extensão da possibilidade jurídica do pedido à causa de pedir é discussão relevante, até mesmo pela dificuldade em separar pedido e causa de pedir, elementares da ação.

A legitimidade *ad causam* é abrangente assunto a ser tratado, especialmente no tocante à legitimação para agir em juízo na tutela coletiva. A cognição judicial para apreciar a pertinência da representação do substituto processual é tarefa árdua e de grande amplitude. Do mesmo modo, o interesse de agir tem forte ponto de contato com a sistemática processual, pois causador de enormes percalços e incoerências, sobretudo no defasado conceito de interesse-adequação.

A ação de direito material é a tese que subsidia todo o trabalho, desde as primeiras teorias da ação até a extinção das condições da ação, pois é o ponto de encontro entre o direito processual e o direito material, jamais o sendo as condicionantes de Liebman, como pretendido pelos ecléticos. Desenvolver-se-á, neste ímpeto, uma análise crítica dos principais erros da teoria liebmaniana e das interpretações sobre a teoria adotada no Código de Processo Civil brasileiro, concluindo, ao fim, pela extinção do vigente regramento das condições da ação, além de colacionar uma importante sugestão de alteração legislativa para gerir a coisa julgada formal. Mostrar-se-á que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminha favoravelmente ao objetivo desta obra, bem como, no mesmo sentido, o projeto de novo Código de Processo Civil almeja alterações.

## 1. TEORIAS DA AÇÃO E O DESENVOLVIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

As longas divergências doutrinárias havidas do conceito de ação tem início com a confusão dos conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação - ou mesmo de direito com exercício de direito -, bem como por desconsiderar fenômenos de direito material e, o que é mais grave, transmutá-los para explicar fenômenos processuais, como as condições da ação.

Importa distinguir, *ab initio*, os conceitos de direito subjetivo, pretensão e ação, existentes tanto no âmbito de direito material quanto no processual. Na seara de direito material, o direito subjetivo corresponde a um estado inerte de que se reveste uma situação favorável de uma pessoa frente à outra, por imposição do direito objetivo sob a relação por elas mantida. A pretensão é o estado de exigência do credor quanto à obrigação não satisfeita, o que o possibilita atitudes como a de premir o devedor. A ação de direito material é o terceiro estágio onde, agora sim, não havendo reação do devedor após premido da obrigação não cumprida, há efetivamente o agir do titular do direito para a sua realização, independentemente da vontade ou do comportamento do devedor<sup>1</sup>. Trata-se de um momento dinâmico de realização, ao contrário do direito subjetivo, categoria jurídica estática, em síntese, um status<sup>2</sup>.

Na óptica processual, o direito subjetivo público é o poder de invocar a tutela jurisdicional, a qual o Estado tornou-se devedor ao proibir a autotutela originariamente exercida pelo titular do direito: todos os cidadãos são titulares<sup>3</sup>. A pretensão processual é um estágio intermediário entre o direito subjetivo e o efetivo exercício deste poder contra o Estado; é o estado de que o direito se reveste a partir do momento em que se torna exigível. A ação processual corresponde ao agir frente ao Estado daquele que antes pretendeu; é o exercício do direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional. Assim, o direito subjetivo processual, enquanto poder outorgado pelo Estado aos jurisdicionados de invocar a

---

<sup>1</sup> Importa transcrever lição de Pontes de Miranda (1972, p. 114-115): “A ação ocorre na vida da pretensão, ou do direito mesmo, (a) quando a pretensão exercida não é satisfeita e o titular *age* (reminiscência do ato de realização ativa dos direito e pretensões), ou (b) quando, tratando-se de pretensões que vêm sendo satisfeitas pelos atos positivos ou negativos, ocorre interrupção dessa conduta duradoura. Assim, a) enquanto o direito de propriedade, os outros direitos reais e outros direitos com sujeitos passivos totais vêm sendo atendidos pela não-ingerência de outrem (= continuidade da omissão, ou continuidade de atos, que eles exigiam), não há ação; b) enquanto os outros direitos (com sujeitos passivos não-totais) não sofrem com a interrupção da conduta duradoura (=com o omitir ou om o fazer), ou com a falta de ato em determinado momento, não há ação; c) enquanto os direitos, de que se falou a), não têm de ser reintegrados em elementos seus que serviram a outros direitos, não há ação. Se já passou em julgado a sentença, a ação foi satisfeita ; não há mais ação, salvo a que resultem da eficácia da sentença. O fundamento dessa cessação da ação é o mesmo da existência do plano processual, superposto ao do direito material.”.

<sup>2</sup> Nesse sentido, Fábio Gomes (1999, p. 56-57) e Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 63-64-65).

<sup>3</sup> Destaca Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 38): “Assumindo o Estado a tutela do comportamento das pessoas diante do sistema jurídico, trazendo para si a responsabilidade de realizar a jurisdição, não como faculdade, mas como obrigação, a consequência lógica advinda foi o reconhecimento, no direito objetivo, da existência de um direito subjetivo conferido a toda e qualquer pessoa que deseje a resolução pacífica e imparcial de uma lide levada à presença estatal, exista ou não o direito material afirmado.”.

proteção jurisdicional, precede à ação processual, que é o efetivo exercício daquele direito, por meio da ação.<sup>4</sup>

A teorização sobre a autonomia da ação esteve sempre ligada ao conceito de ação processual, por isso importante a inicial consideração. Com efeito, na maioria dos casos a ação de direito material passou a ser efetivada pelos órgãos estatais em razão da proibição da autotutela privada, sem, contudo, jamais desaparecer ou ser substituída pela ação processual, consoante esclareceu Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 67-68, grifos no original):

O que ocorre, na verdade – e aqui reside a razão de todo o equívoco –, é que a atividade jurisdicional do Estado não se limita à “certificação” da existência do direito, senão que deve igualmente realizá-lo, praticando rigorosamente a mesma atividade que antes proibira ao particular, o que significa que a **ação de direito material**, longe de desaparecer ou ser substituída pela “ação” processual, simplesmente, verificado o monopólio da jurisdição, passou a ser exercida pelos órgãos estatais. A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade da colaboração do obrigado, que se consegue através da jurisdição, é rigorosamente a mesma ação de **direito material**, ou seja, o mesmo **agir para a realização** inerente a todo o direito, com única diferença que, proibida a autotutela privada, a efetivação do direito se dá através da **ação** dos órgãos estatais.<sup>5</sup>

O pronunciamento da sentença não corresponde, portanto, à atividade fim do Estado, não passando de um meio instrumental, para que, agora sim, certificada a existência do direito, seja possível a realização do direito material do titular – por meio da ação de direito material desenvolvida pelo próprio Estado, pois impedida a autotutela como meio de realização dos direitos. Essa é a razão pela qual se concedeu o direito de ação processual igualmente àquele que não tenha direito, ou mesmo sequer pretensão ou ação (de direito material). Assim, o autor terá direto à tutela jurídica estatal sempre, como manifestação da pretensão a que o Estado preste jurisdição.<sup>6</sup>

De outro lado, somente quando o demandante for verdadeiramente o titular do direito alegado em juízo – constatação a ser apurada somente por meio de declaração judicial (sentença) –, igualmente terá direito de ação contra o réu (ação material). Como há duas relações jurídicas estabelecidas, ambas nascendo de direitos subjetivos, duas haverão de ser as ações<sup>7</sup>: a ação processual e a ação de direto material<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Vide Fábio Gomes (1999, p. 57-58) e Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 61-62/71).

<sup>5</sup> Houve, frisa-se, uma duplicação de ações, “uma dirigida contra o obrigado, outra endereçada contra o Estado, para que este, uma vez ‘certificada’ a existência do direito, o realize coativamente, **praticando a mesma atividade** de que fora impedido seu titular” (BAPTISTA, 1991, p. 68, grifos no original).

<sup>6</sup> Nessa trilha, Fábio Gomes (1999, p. 55).

<sup>7</sup> Nesse sentido, leia-se Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 91).

<sup>8</sup> Reafirma Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 75, grifos no original): “[...] podemos distinguir bem as duas formas de **agir** e, portanto, as duas espécies de **ação**: uma delas que se desenvolve no plano do direito material e corresponde ao **agir contra o obrigado, para realização do direito, independentemente e sua colaboração**. A outra, dirigida contra o Estado, para que ele, provocado pelo interessado (autor), exerça a atividade jurisdicional a que se obrigou e preste a respectiva tutela, dando resposta adequada ao pedido. A primeira espécie de **ação**

Isso porque toda discussão envolta do conceito de ação que movimentou e conduziu a autonomização do Direito Processual Civil como um ramo autônomo da ciência jurídica, preceitua Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 95, grifos no original), não passou de um secular equívoco: a tentativa de construção de uma ação (processual) ordinária a plenária, sob os mandamentos conceituais abstrativistas, escandiu a ação de direito material da roga da ciência processual:

Quaisquer que tenham sido as razões teóricas alimentadoras de toda essa controvérsia secular, uma coisa, no entanto, é certa: todas as teorias que procuram demonstrar a falsidade da denominada “teoria civilista” da ação, com maior ou menor intensidade, tentaram construir um conceito **abstrato** de “ação” processual; e, ao mesmo tempo, ignoraram, ou recusaram, o conceito de **ação de direito material** [...] Por que e qual o resultado prático de tais proposições doutrinárias? A resposta é fácil. Se a ação processual é invariavelmente **abstrata**, ou seja, sem causa, dela dispondo tanto o autor que tenha razão quanto aquele que não o tenha, e desprezando-se o conceito de **ação de direito material** como um fenômeno estranho ao direito processual, não teria porque conservarem-se as inúmeras “ações especiais”, e ritos diferentes. Se é verdade que, no plano do direito material, a cada direito corresponde uma ação que o assegura, perante o direito processual, todos os direitos só terão uma “ação” que há de ser uma ação **ordinária e plenária**, abolindo-se as ações especiais e sumárias.

Digno de nota é outra passagem de Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 95), ao sustentar que todo o debate doutrinário travado a respeito da ação “estava inserido no amplo contexto histórico do liberalismo capitalista do século XIX europeu a serviço de suas proposições teóricas fundamentais”. A teorização sobre o conceito de ação processual tinha por intuito legitimar a universalização do procedimento ordinário, a fim de dispor, principalmente, de certeza jurídica<sup>9</sup>:

Na verdade, a teorização sobre o conceito de “ação” processual escondeu sempre a proposição ideológica básica que a alimentava, e que tinha por fim legitimar a **universalização do procedimento ordinário**, como a única forma de tutela processual compatível com os valores e padrões culturais da civilização moderna; ao mesmo tempo em que – com um único golpe – derrotava-se o outro inimigo, contra o qual, na realidade, a luta se dirigia, quais sejam os **processos sumários** [...] Todas as classificações que se fizessem a respeito das **ações** não teriam qualquer interesse para o processualista, uma vez que, qualquer que fosse a **pretensão de direito material**, o veículo processual correspondente haveria de ser a única “ação” existente, rigorosamente formal e abstrata, correspondente ao **procedimento ordinário**, desde que, demonstrada que a “ação” era **uma**, não mais se justificava a insistência com a categoria das “**ações especiais**”. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 96-97, grifos no original).

---

tem como pressuposto um direito material preexistente de que é titular aquele que **age**; esta, a “ação” processual, por força há de estar igualmente fundada num direito anterior”.

<sup>9</sup> Sobre a segurança jurídica, preceitua Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 95) que “Nem seria realmente possível imaginar-se a vitória da civilização industrial contemporânea, a partir do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, se o direito não pudesse assegurar ao litigante vitorioso em juízo, para sempre, os resultados práticos de sua vitória. Para o empresário moderno, sempre que ele tenha de sujeitar-se a uma controvérsia judicial, é mil vezes preferível uma rápida derrota do que uma vitória demorada ou parcial, que ainda deixe pontos litigiosos, capazes de alimentar novas demandas posteriores”.

Não é diferente o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 205), quando trata do assunto já sob a vigência do instituto da tutela antecipada<sup>10</sup>:

O Estado, por ter o dever de prestar tutela jurisdicional a todos, é obrigado, ainda, a construir procedimentos diferenciados em atenção às diferentes posições sociais. Aliás, a pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do sistema processual às características dos direitos substanciais e às posições sociais dos litigantes é um dos defeitos que têm marcado as codificações processuais do direito continental europeu, demasiadamente preocupados em desenhar um sistema linear puro. Nessa nova perspectiva com que passamos a trabalhar o princípio da inafastabilidade, assumem relevo as questões das custas e a busca da informalidade e da celeridade do processo. São essas as características do procedimento acessível aos mais pobres. [...] Embora hoje tenhamos a tutela antecipada, a diferenciação de ritos permanece uma exigência suprimível para um ordenamento que se inspira no princípio da igualdade e empenha-se em oferecer a todos um processo rápido, eficiente e realmente acessível.

A necessária aproximação da ação (processual) com o direito material vincula, para Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 200), o direito de ação à tutela jurisdicional adequada, como meio de garantir ao cidadão uma prestação jurisdicional de acordo com o direito material e à realidade social:

O direito de ação, realmente, deve estar em constante adequação à realidade social. A abertura da legitimação *ad causam* no campo dos interesses metaindividuais constitui exemplo significativo dessa tendência. De outra parte, importa, atualmente, a questão da efetividade da tutela dos direitos, que exige um esforço para a construção de uma teoria que permita uma vinculação mais íntima da ação com o direito material. Essa teoria deve ter por meta garantir ao cidadão uma tutela que seja adequada à realidade de direito material e que possibilite a realização efetiva do direito afirmado em juízo. Nessa linha emerge a noção de direito de ação como direito à tutela jurisdicional adequada ao plano do direito material.<sup>11</sup>

A desconsideração do conceito de ação de direito material fora “o verdadeiro pressuposto ideológico oculto em toda a controvérsia [sobre as teorias da ação, vez que todas estas] “com maior ou menor intensidade, tentaram construir um conceito **abstrato** de ‘ação’ processual; e, ao mesmo tempo, ignoraram, ou recusaram, o conceito de **ação de direito material** [...]” (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 92, grifos no original). Pontualmente, conclui Ovídio Baptista da Silva que, se a ação processual é abstrata, e, desprezando-se o conceito de ação de direito material, não haveria razão para que se mantivessem as tantas

<sup>10</sup> Anote-se, neste ínterim, a **Lei n.º 8.952, de 13.12.1994**, que introduziu a tutela antecipada no Processo Civil brasileiro. (BRASIL, 1994).

<sup>11</sup> Sobre os importantes estudos do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição de Luiz Guilherme Marinoni: “Para inserção do instituto da ação no contexto da temática do acesso à Justiça é imprescindível o desenvolvimento do conteúdo do princípio da inafastabilidade. Inicialmente, a leitura do princípio da inafastabilidade conduziu a dois pontos, quais sejam, à garantia do direito de ação – como consequência de estar o Estado obrigado a prestar tutela jurisdicional a quem o invoca sob o fundamento de ter sofrido lesão – e à regra do juiz natural. De há muito, realmente, afirma-se que o princípio da inafastabilidade não quer significar apenas a proibição de o Legislativo suprimir, ou mesmo restringir, a apreciação jurisdicional. [...] O princípio da inafastabilidade garante a tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito substancial. (MARINONI, 1996, p. 201-202/204).

ações especiais, de ritos diferentes<sup>12</sup>. O desenvolvimento da ciência processual – no sentido autonomista da ação – distanciou, deveras, sua primordial função instrumental ao direito material, conforme perspicaz tônica de Kazuo Watanabe (1999, p. 20-21):

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. É a tendência ao *instrumentalismo* que se denominaria *substancial* em contraposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.

O desenvolvimento das condições da ação emerge de um cenário com profundos enraizamentos doutrinários construídos para separar o direito de ação do direito material, ou seja, para desconstituir a teoria clássica do direito de ação. A tentativa de sintetizar teorias da ação abstrativistas e concretistas, sendo as condições da ação o elo de ligação entre elas, ou melhor, entre os direitos processual e material, trata-se de um grande equívoco histórico.

## 1.2 TEORIA CLÁSSICA, CIVILISTA OU IMANENTISTA

A ação como um direito material em movimento ou em exercício, em foco a Teoria Clássica, Civilista, ou Imanentista da Ação, foi o primeiro postulado no direito moderno a dispor sobre um conceito de ação processual - diferentemente da *actio* romana, a qual visava somente à aplicação no campo do direito material. Ainda assim, não obteve êxito em transpor uma distinção nítida entre a relação jurídica processual e a relação jurídica material deduzida em juízo, conforme relembra preceito desta doutrina, Fábio Gomes (1999, p. 21): “*não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito*”.

A teoria tinha por base a premissa a célere definição de Celso (Ist., L. IV, t. VI) “*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur iudicio perseguendi*”, ou seja, de que a

<sup>12</sup> “Se a ação processual é invariavelmente **abstrata**, ou seja, se causa, dela dispondo tanto o autor que tenha razão quanto aquele que não o tenha, e desprezando-se o conceito de **ação de direito material** como um fenômeno estranho ao direito processual, não teria porque conservarem-se as inúmeras “ações especiais”, de ritos diferentes”. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 92, grifos no original).



ação nada mais seria do que o direito de pedir em juízo o que é devido<sup>13-14</sup>. A ação estaria, pois, integrada à própria noção de direito material e poderia ser entendida como uma reação deste direito, quando ameaçado ou efetivamente violado. A ação nada mais seria do que o próprio direito material colocado em movimento, a reagir, portanto, contra sua ameaça ou violação.

O Direito Processual não poderia ser tido como uma ciência autônoma, pois, como visto, era conceituado como um “mero ‘apêndice’ do Direito Civil [...] a ação era considerada o próprio direito material depois de violado” (CÂMARA, 2012, p. 113). À época, a ação poderia ser vista, basicamente, sob três ópticas. A primeira visualizava a ação como uma faceta do direito material, a segunda, como o direito material violado em estado de reação, e, por fim, na terceira, como um direito novo, originado da violação do direito material.

O dito “direito novo” era dirigido contra o violador do direito material, razão pela qual, consoante ditado por Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 113), a ação estaria muito longe da autonomia em relação ao direito material. Nesse sentido, leciona Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 39-40):

Segundo esta doutrina, também conhecida como civilista ou imanetista, a ação era tida como uma mera variante, suplemento, anexo, acessório, função, elemento integrante, aspecto ou momento do direito material ameaçado ou violado, direito material elevado à segunda potência, ou mesmo a transformação deste direito material num novo direito, traduzindo-se na possibilidade ou poder de afirmação do próprio direito material e na força de reação a uma ameaça ou efetiva violação deste mesmo direito. [...] Assim, a ação complementava a própria noção de direito material, havendo uma relação muito estreita entre ambos, pois não existiria ação sem direito, nem direito material sem ação.

O propulsor da Teoria Clássica, Friedrich Carl Von Savigny, sustentava ser a ação o próprio direito material colocado em movimento, a reagir contra a ameaça ou violação daquele. A violação geraria uma reação ou um direito para quem a sofre, direito este que se chama “direito de ação” ou “ação” (SAVIGNY, 1847, p. 9-10)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 161): “A doutrina recorria a conhecidas definições romanísticas, como a de Celso, que dizia ‘a ação nada mais é do que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido’ (*actio autem nihil aliud est quam ius persequendi in iudicio quod sibi debeatur*)”.

<sup>14</sup> Ainda, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 271-272) lecionam que segundo a “definição de Celso, a ação seria o direito de pedir em juízo o que nos é devido (*ius quod sibi debeatur in iudicio persequendi*). Durante muitos séculos, dominados que estavam os juristas pela idéia de que ação e processo eram simples capítulos do direito substancial, não se distinguiu ação do direito subjetivo material. Assim, pela escola clássica ou imanetista (ou, ainda, civilista, quando se trata de ação civil), a ação seria uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação. Tal conceito reinou incontestado, através de várias conceituações, as quais sempre resultava, em três consequências inevitáveis: não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.”

<sup>15</sup> A teor, preceitua Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 163): “Savigny [...] sem desvincular o direito material do direito de ação, via esse último (*Klagerecht*) como o direito à tutela judicial nascido da lesão de um direito material, compreendendo-se como o direito no qual o direito material se transforma ao ser lesado. Para Savigny, o direito de ação era um direito resultante da “transformação” pela qual o direito material passaria após ter sido lesado. Daí o motivo pelo qual propôs o conceito de “metamorfose” para ilustrar tal situação”.



Savigny teve muitos seguidores<sup>16</sup>, com intenso rebusque a conceituações romanas - especialmente a *actio* romana do jurista Celso. Dentre as principais acepções surgidas, a teoria imanentista entendia ser o direito material violado o fundamento do direito de ação; a teoria civilista concatenava a todo direito reconhecido pela lei positiva uma ação judicial correspondente. Para todos efeitos, consideram-se sinônimas as duas correntes, juntas à denominação “clássica”, pois a ação, de todo modo, poderia ser entendida como um aspecto dinâmico do direito material violado, ou até mesmo, para alguns, haveria um pleonismo entre os termos direito e ação<sup>17</sup>.

Com efeito, os elementos da *actio* foram utilizados pelos clássicos para explicar fenômenos processuais, enquanto que nas origens romanas eram aplicados estritamente à seara de direito material. Tratava-se de uma verdadeira desvirtuação das estruturas romanas para atender ao crescimento mercantil do século XVIII, consoante tecido por Ovídio Baptista da Silva (1997, p. 20): “O que interessava, na época, era a criação de uma ciência processual de índole privatística que aprisionasse o juiz a um ordenamento sem lacunas, vedando-lhe qualquer contribuição na criação do direito”.

Atento ao cenário, Luiz Guilherme Marinoni ensina que a ação não era, em si, necessariamente uma forma de defesa dos direitos fundamentais, porque atrelada ao direito material que a conduzia:

Na verdade, como a ação e a defesa se dissociavam do direito material, o direito processual de defender-se não se distinguia direito de liberdade (no processo penal), assim como uma ação como o *habeas corpus* não se diferenciava do direito de liberdade que, através dele, fosse perseguido. De modo que, à época do liberalismo clássico, diante da circunstância de que a ação não se separava do direito material, a ação apenas poderia ser vista como voltada à realização dos direitos fundamentais se objetivasse a defesa do direito de liberdade do autor contra o Estado. (MARINONI, 2010, p. 196, grifos no original).

Assim, a efetivação dos direitos fundamentais, sob o viés da inseparabilidade da ação e direito material, somente era concretizada caso a ação objetivasse o direito de liberdade - princípio ápice do ordenamento jurídico ao tempo do Liberalismo -, do indivíduo frente ao Estado. Assim, as primeiras teorias da ação não buscaram desenvolver concepções puramente

<sup>16</sup> Muitos e notáveis foram os seguidores de Savigny. É o que nos ensina Ovídio Baptista da Silva e Fábio Gomes (2010, p. 87): “Não obstante pequenas variações, aderiram à sua tese, dentre outros: Vinicius (“a ação é o direito em seu exercício”); Unger (“a ação é o direito em pé de guerra, reagindo contra a sua ameaça ou violação”) e Mattirollo, para quem “o direito de atuar em juízo para obter o reconhecimento de um direito violado ou negado constitui a ação judicial, a qual, portanto, configura um direito elevado à segunda potência. Assim, a todo direito, reconhecido pela lei positiva, corresponde a ação judicial, a menos que esta haja sido expressamente negada pelo legislador substituída por qualquer outra garantia”.

<sup>17</sup> Explica o uso da expressão como pleonismo, José Maria da Rosa Tesheiner, (1993, p. 86): “Garsonnet, concordando com que a idéia de direito contém necessariamente a idéia de ação, ou, por outra, que a ação não é outra coisa senão o direito mesmo, que permanece, por assim dizer, passivo enquanto não é contestado, mas que se põe em movimento logo que o é, pondera que a expressão *direitos e ações*, usada algumas vezes pela lei, é um pleonismo.”.

jurídicas, sobretudo pela interferência de uma efervescente economia liberal e mercantil sobre as demandas judiciais.

Reside, enfim, justamente na transferência para o processo civil da ação de direito material a insustentabilidade da teoria em comento, porque, além das discrepâncias históricas entre a *actio* romana e o moderno conceito de ação para Savigny, a teoria clássica não conseguiu sustentar a equivalência entre a ação de direito material e a tutela jurisdicional abstrata e indeterminada, especialmente na forma da pretensão - para Bernhard Windscheid, o *Anspruch*, sequer era conhecido pelos romanos -, que existia independentemente da violação do direito ou não. Deste modo, a sentença de improcedência não conseguiu ser explicada por esta concepção. Importa transcrever, neste diapasão, passagem de Ovídio Baptista da Silva:

Ora, definindo a denominada “teoria civilista” a “ação” processual como o direito de perseguir em juízo **“o que nos é devido pelo obrigado”**, a doutrina misturou as duas realidades, ou seja, o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal e a **ação de direito material**, que é o agir do titular do direito para obtenção **“do que lhe é devido”**, e, ao assim proceder, não teve como explicar os casos em que o agente houvesse promovido um processo sem ter direito, ou seja, ficou impossibilitada de explicar o fenômeno da ação improcedente, pois evidentemente em tal caso a “ação” processual não teria sido o direito perseguido em juízo **“o que nos é devido”**... pelo obrigado. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 77, grifos no original).

A problemática enfocada revela, ainda, outra incongruência da teoria clássica: a ação de direito processual esgotaria por completo as ações de direito material, pois a existência do direito material estaria vinculada ao exercício da ação processual.

Ainda, a ação como um direito material em movimento, posto que desconstituída pelas teorias da ação subsequentes, consoante se demonstrará, ganhou adeptos no Brasil<sup>18</sup>, dentre eles, Clóvis Beviláqua. Deveras, refletiu no próprio Código Civil de 1916, pelo qual se extrai da importante redação do art. 75, a qual “todo direito corresponde uma ação, que o assegura.” (BRASIL, 1916). Sobre o mesmo artigo, importa antecipar percepção hermenêutica de Luiz Guilherme Marinoni:

A idéia de que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura” é resgatada; porém, como queria Barbosa Moreira, com sonoridades modernas. Como diz Watanabe, para que o artigo 75 do Código Civil se retire toda a conotação imanentista, basta que se leia o texto como se nele estivesse escrito a toda *afirmação* de direito (e não um direito efetivamente existente) “corresponde uma ação, que o assegura”. Direito “afirmado” não é o mesmo que direito existente. Aliás, o texto constitucional (artigo 5º, XXXV) também deve ser lido com tal cuidado, pois seu texto afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e sua leitura apressada poderá conduzir a uma conclusão imanentista, quando, na verdade, o que nele se afirma é que nenhuma *afirmativa* de

<sup>18</sup> O jurista brasileiro João Monteiro fora um dos grandes defensores desta doutrina, como bem lembrado em Fábio Gomes (1999, p. 28).

lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. (MARINONI, 1996, p. 206-207).

Ainda sobre a influência desta doutrina sobre a redação legislativa pátria, exemplifica Fredie Didier Júnior (2005, p. 204):

Por exemplo: a) art. 195 do CC-2002: “Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente”; b) art. 666 do CC-2002: “O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais, aplicáveis às obrigações contraídas por menores”; c) art. 673 do CC-2002: “O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente”.

A teoria civilista, ainda que presente em diversas expressões jurídicas equívocas na legislação e cotidiano pátrios, começou a ser desestruturada desde uma famosa polêmica acadêmica, que, inclusive, conciliou para a autonomização do conceito de ação em relação ao direito material.

### 1.3 A POLÊMICA DE WINDSCHEID E MUTHER

Da polêmica dos juristas alemães Bernard Windscheid e Theodor Muther, ocorrida em meados do século XIX, surgiu a concepção de que direito material e direito processual seriam distintos, provendo asas à autonomia deste último. A partir da célere discussão surgem diversas teorias da ação, porém, a partir de agora, sempre de caráter dualista (direito material e direito processual em âmbitos separados, pelo menos, era o que se dizia).

A desconstituição da Teoria Civilista começou com a publicação, em 1856, do livro “*Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*”, de Bernard Windscheid. O ensaio tinha incidência sobre a *actio* do direito romano e visava desconectar qualquer correspondência sua com o moderno conceito de ação. Destacam-se, a teor, os ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva e Fábio Gomes:

Em Roma, afirma Windscheid, a *actio* não era um meio de defesa de um direito, senão que o próprio direito. O cidadão romano não era titular de um direito *contra* alguém, mas sim de uma *actio*, ou seja, do poder de agir contra outrem, poder esse que não lhe advinha de um , mas da concessão do pretor [...] Para o jurista alemão o conceito romano de *actio* é inteiramente diverso do moderno conceito de ação (*Klage* em língua tedesca); “entende-se hoje por ação o direito que deriva de outro direito”, ou seja, o direito dirige-se também a alguém: ao titular da obrigação, a quem cabe fazer ou omitir. Quem tem o direito pode *ansprechen* (pretender, exigir, vindicar algo de outrem) [...] *Actio*, segue Windscheid, era o termo utilizado pelos

romanos para designar o que alguém pode exigir de outrem. Não se pode dizer, contudo, continua, tenha sido a *actio* o moderno *Anspruch*, pois do conceito deste exclui-se o elemento preseqüibilidade judicial imanente à primeira, diferença, aliás, decorrente de motivos históricos. (BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2010, p. 65)

<sup>19</sup>

Em 1857, Theodor Muther publicou o livro “*Zur Lehre von romischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestation und der Sinhularsuccession in Obligationen – Eine Kritik des Windscheid’schen Buches*”, apresentando, em oposição a Windscheid, uma concepção de *actio* romana desvinculada do direito subjetivo material, significando aspirar a concessão de uma fórmula – em sentido semelhante à sentença:

No âmbito do direito romano, deve a *actio* ser entendida, num primeiro momento, como ato bilateral com que se iniciava o processo, pois na mais antiga das ações da lei (*a legis actio sacramento*) ninguém poderia vir a juízo desacompanhado da parte adversa (*cum aliquo*). Como *actio* provinha de *agere* (comparecer, falar, agir diante do Pretor), também indicava a própria fórmula escrita desse rito. Extintas as ações da lei e o solene comparecimento diante do Pretor, *agere* e *actio* ficaram designando o ato mediante o qual o autor iniciava o processo; ou, antes, todo o processo que precedia a *lide in judicio* e cujo último termo era a concessão da fórmula. Precedentemente à obtenção da fórmula, já possuía o autor pretensão a que ela fosse concedida, assevera Muther. E o Pretor não poderia negar a fórmula uma vez implementadas as condições em função das quais fora prometida; a denegação arbitrária autorizava a *intercessio* (queixa contra o Pretor). O sentido, portanto, no qual se usava mais freqüentemente a palavra *actio* era no de aspirar à concessão de uma fórmula<sup>20</sup>.

Para Muther, a *actio* seria a pretensão a ter uma fórmula concedida, bastando ao pretendente afirmar a lesão a um direito. Além de desvincular a *actio* do direito subjetivo material, Muther afirmou a existência de um direito à proteção do Estado, de natureza pública, ao mesmo tempo em que haveria um direito originário, correspondente ao subjetivo material, de natureza privada.<sup>21</sup>

Logo em seguida, ainda no mesmo ano, Windscheid apresentou sua réplica, em obra denominada de “*Die actio, Abwehr gegen Th. Muther*”, reafirmando a diferenciação entre *actio* e *Anpruch*, esta última no sentido pretender ou de exigir algo de outrem. Sustentou que as lições de Muther restringiram-se a uma abordagem sob uma óptica material e não processual, fato que teria desvirtuado a discussão. Porém, após novas publicações, concordou que haveria, nos termos de Muther, dois direitos de naturezas diferentes, um exercitável

<sup>19</sup> Sobre o conceito de pretensão utilizado por Windscheid, pondera Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 113): “Observe-se que a pretensão a que se refere Windscheid (e alemão, *Anspruch*) não corresponde ao conceito que, em Direito Processual, se designa, pelo mesmo termo, pretensão. Para o direito processual [...], pretensão é a “intenção de submeter o interesse alheio ao próprio”. O conceito de pretensão haurido da obra de Windscheid, por alguns referido como “pretensão material” (para distinguir da “pretensão processual”), poderia ser definido como “poder jurídico de exigir do devedor o cumprimento de uma prestação”.

<sup>20</sup> Para Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 165): “diversamente de Windscheid, que partiu da ideia de que a ordenação romana não era - como é a moderna - uma ordenação de direito, mas sim uma ordenação de pretensões que podem ser “perseguidos judicialmente”, Muther argumentou que a ordenação romana era de direitos, dizendo que aquele que pede a fórmula ao pretor também devia ter um direito subjetivo, o qual, no seu raciocínio, seria o próprio fundamento do direito à fórmula.” (MARIONONI, 2010, p.165).

<sup>21</sup> Vide Rodrigo Klippel (2005, p. 22-23).

contra o Estado e outro contra o particular, ambos com intuito de satisfazer o direito material buscado em juízo.

O reconhecimento da existência da ação como um direito autônomo teria sido para Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 40), o grande mérito desta discussão:

O grande mérito desta célere polêmica foi o reconhecimento da existência da ação como um direito autônomo. A ação passou a ser vista como um direito à fórmula (tutela jurisdicional), a ser exercido contra o Estado e também contra o adversário obrigado, sobre o qual será exercida a coação estatal, para que se obtenha o cumprimento de sua obrigação. Por outro lado, com a publicação da clássica obra de Bülow em 1868, definindo o processo como uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica material, conferiu-se uma autonomia ainda maior à ação.

Sob outra óptica, Ovídio Baptista da Silva, por meio de argumentos trazidos de Windscheid, demonstrou que a Teoria Clássica confundiu o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal com a ação de direito material, “que é o agir do titular do direito para obtenção ‘do que lhe é devido’” (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 77):

Partindo do conceito de ação dada pelo jurista romano CELSO, os partidários deste entendimento trataram da **ação de direito material**, ao invés de estabelecerem a verdadeira natureza e função da “ação” processual. Com efeito, a definição que CELSO dava à *actio* romana nunca poderia servir aos juristas modernos para a definição da “ação” processual. Como mostrou WINDSCHEID, a *actio* não correspondia, em direito romano, à “ação” processual, estando mais próxima do conceito de **pretensão de direito material**. Disse CELSO, definindo a *actio*: “*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicium persequendi*” (“A ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido”). Ora, a categoria de que estamos agora a tratar – a “ação” processual, enquanto exercício de uma pretensão de tutela jurídica – não é o “direito de perseguir em juízo” **o que nos é devido**, a não ser que tenhamos em mente o que “nos é devido pelo Estado”, ou seja a **atividade jurisdicional**. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 76, grifos no original).

Neste ínterim, a doutrina brasileira pouco avançou quanto à conceituação de ação, podendo-se dizer que a promissora polêmica de Windscheid e Muther somente chegou ao Brasil em meados do século XX, com a frente de Guilherme Estellita e Alfredo Buzaid. A inércia muito se devia a fatores culturais, já que a cultura jurídica pátria era influenciada pela francesa, rígida seguidora da teoria clássica.<sup>22</sup>

O principal resultado, enfim, da célere polêmica em questão foi a criação dos primeiros contornos de autonomia da ação em relação ao direito material, como discorreu Windscheid sobre a *actio* romana, a qual estaria mais próxima do conceito de pretensão de direito material do que de ação processual<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Extraído de Fábio Gomes (1999, p. 28-29).

<sup>23</sup> Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 76).

#### 1.4 TEORIA DO DIREITO ABSTRATO DE AGIR

Para John Degenkolb, Sándor Plósz e seus seguidores<sup>24</sup>, o direito abstrato de agir é um direito público subjetivo, dirigido a todos, indistintamente, e independente do direito perseguido em juízo. A denominação advém da total desvinculação (abstração) do direito de ação com qualquer direito subjetivo material que lhe desse causa, sendo assim, outorgado a todos que invocassem a proteção jurisdicional.

Tanto aquele que postulasse com ou sem razão era titular de um mesmo direito subjetivo público de exigir do Estado o cumprimento de seu dever de prestar tutela jurídica. A isso se tem que a pretensão posta em juízo, seja procedente ou improcedente, não desqualifica o direito de ação, visto que correspondente ao exercício de uma pretensão de obter tutela jurídica do Estado.<sup>25</sup>

As obras do alemão Degenkolb e do húngaro Plósz foram influenciadas, especialmente quanto à ideia de autonomização do processo como relação jurídica – de natureza eminentemente pública –, por Oscar von Bülow, quando da publicação do “*Die Lehre von den Prozesseinreden um die Prozessvoraussetzungen*”, considerado o marco inicial da ciência processual, no ano de 1868. Bülow distinguiu o processo do direito subjetivo alegado em juízo, pois constituído de uma relação jurídica dinâmica estabelecida por direitos e obrigações entre funcionários do Estado e cidadãos. Foi de sua autoria a criação da expressão “pressupostos processuais”, designados para apreciação dos requisitos processuais e das condições da ação.

A teoria abstrativista sofreu críticas principalmente por confundir o direito de ação com direito de petição (direito de acesso aos tribunais)<sup>26</sup>, como sustentado, por Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 43), sob o viés do Código de Processo Civil:

Ressalve-se, porém, que, apesar de sua predominância entre os processualistas contemporâneos, a teoria da ação como direito abstrato ainda é objeto de críticas. Apesar da evidente tendência generalizadora da teoria abstrata, tais refutações não

<sup>24</sup> Dos seguidores mais notáveis, importa destacar a obra “*La sentenza civile*”, de Alfredo Rocco, e o influente posicionamento de Francesco Carnelutti, o qual considerava a ação o direito subjetivo público de obter uma sentença sobre a lide levada à juízo (LIEBMAN, 1976, p. 113). Na mesma escola, Pontes de Miranda e Eduardo J. Couture. Finalizada Rogério Lauria Tucci: “não obstante a sua posterior adesão à teoria de Wach, notáveis seguidores teve Degenkolb, destacando-se Alfredo Rocco e Kohler, que conferiram à doutrina subsídios próprios – o primeiro, com a bifurcação do interesse em primário (tutelado pelo direito) e secundário, qual seja o interesse a tal tutela, de sorte a tornar-se suficiente, para a configuração do direito de ação, a referência a um interesse primário juridicamente protegido; e o segundo, tendo a ação, propriamente, como direito da personalidade –, além de outros renomados processualistas, como Ugo Rocco, Zanzucchi, Betti, Carnelutti e Couture, estes com algumas peculiaridades e divergências nas respectivas construções.” (TUCCI, 1977, p. 17).

<sup>25</sup> Leia-se Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 273-274).

<sup>26</sup> Ensina Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 200): “Os direitos públicos subjetivos, como é sabido, classificam-se em direito individuais, direitos políticos, direitos sociais e econômicos e direitos cívicos. O direito de ação é tradicionalmente categorizado como direito cívico.”



são óbices suficientes para que ela seja invalidade, até porque, conforme veremos, o exercício efetivo da ação pode ser limitado por meio de determinadas condições, sem que haja qualquer prejuízo à concepção de ação como direito abstrato.<sup>27,28</sup>

A teoria da ação subsequente não se satisfaz com a possibilidade de conceder o direito de ação a quem não fosse titular do direito material deduzido, ou seja, o exercício da ação somente seria possível quando o resultado lhe fosse uma decisão favorável.

## 1.5 TEORIA DO DIREITO CONCRETO DE AÇÃO<sup>29</sup>

Foi em repúdio à abstração do direito de ação em relação a qualquer direito material que surgiu a teoria da ação como um direito concreto ou teoria do direito concreto à tutela jurídica. Posto que o direito de ação não decorresse necessariamente do direito subjetivo material violado ou ameaçado - conclusão esposada inicialmente por Wach quando do estudo das ações meramente declaratórias -, a existência de tutela jurisdicional só poderia ser satisfeita por meio de uma proteção concreta, quando a sentença fosse favorável.

A partir das considerações acima postas nascem as primeiras condicionantes da ação, em contrariedade à teoria do direito abstrato de agir, que equiparava o direito de ação ao direito de petição, sobretudo nos casos em que o autor demandava o exercício da jurisdição sem qualquer possibilidade de êxito<sup>30</sup>. Em suma, a teoria em comento se preocupou em distinguir a ação do direito subjetivo material e negá-la aos que não tivessem razão – casos esses em que a sentença não fosse favorável.

Os principais defensores da teoria do direito concreto de ação, Adolf Wach e Giuseppe Chiovenda, em suas peculiares percepções sobre o direito de ação, propuseram os

<sup>27</sup> E continua Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 43), lembrando das críticas de Botelho de Mesquita - jurista adepto à teoria adversa, a concretista - à teoria da ação como um direito abstrato: “Segundo Botelho de Mesquita, autor concretista brasileiro, *Da ação civil*, p.82, a teoria dominante [abstrativista]: a) por levar às últimas consequências a tão decantada *autonomia* da ação e do processo, não logra estabelecer o nexo que deve existir entre o processo e o direito material e acaba por aniquilar esse direito; b) tornaria sem explicação a ação condenatória promovida por um particular contra o Estado, entendida a ação como “exercício privado de uma função pública”; c) identifica a jurisdição como um juízo, esquecendo-se de que o juízo estatal é simples meio para se atingir um fim que está além dele e no qual verdadeiramente se explica a função jurisdicional.”

<sup>28</sup> Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 81) bem esclarece os contornos do denominado “direito cívico e petição”, lembrando que a doutrina eclética, ao revés da doutrina abstrativista, não tratava o direito de ação como um mero direito abstrato e indeterminado: “Diferentemente de um mero direito abstrato e indeterminado, o verdadeiro “**direito de ação**” haveria de qualificar-se através de determinados requisitos prévios, ou **condições** legitimadoras de seu exercício, de tal modo que – não se identificando com o **direito a uma sentença favorável**, como o concebiam defensores da teoria do “direito concreto de ação” – também não fosse assimilado a mero **direito cívico de petição**, faculdade esta que todo cidadão tem de reclamar providências perante órgãos do Estado, tenha ou não procedência a reclamação.”

<sup>29</sup> Importante ressaltar desde já que parte dos conceitos da doutrina concretista, especialmente no tange aos trabalhos de Chiovenda, serão revistos e reformulados no terceiro e final capítulo do presente, na perspicaz percepção de Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 85) sobre a ação de direito material.

<sup>30</sup> Dispõe José Maria Rosa Tesheiner (1993, p. 197): “[...] a lei confere o direito aos atos destinados a atuar a tutela jurídica, mas não garante êxito, isto é, a efetiva concessão de tutela, porque o conteúdo concreto do provimento depende de condições objetivas de direito substancial e processual e da avaliação que o juiz fará, condições todas que fogem ao controle da vontade do autor. Este tem, sim, direito a ver conhecidas e examinadas suas razões, mas não tem direito a que se lhe dê razão”.

primeiros ensaios sobre as condições da ação, sendo que muitos dos conceitos tratados foram adotados na teoria de eclética de Enrico Tullio Liebman.

### 1.5.1 A AÇÃO EM WACH

Confesso seguidor de Windscheid, Adolf Wach sepulta de vez os conceitos da Teoria Clássica da Ação, demonstrando a autonomia e independência do direito de ação em relação ao direito subjetivo material. Afastou, prefacialmente, qualquer equiparação ou confusão entre aqueles direitos, e até mesmo do direito de ação com a pretensão do direito civil. Wach publicou sua primeira obra em 1885, que seria o primeiro volume do “*Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*”. Três anos após e em homenagem a Bernard Windscheid, publicou sua mais conhecida obra, denominada de “*Der Feststellungspruch*”, traduzido para o espanhol na célebre “*La pretensión de declaración*”, dedicada ao estudo da ação<sup>31</sup>.

A tese de Wach separou o direito de ação em dois planos, o processual e o substancial, correspondentes, respectivamente, à pretensão de proteção de um direito frente ao Estado (natureza pública) e contra o adversário (relação de direito privado). Nas palavras do próprio Wach, a ação “dirige-se contra o Estado, que deve conceder a proteção, e também contra o oponente, perante o qual a proteção é concedida. É de natureza pública, não constituindo o produto do direito privado subjetivo” (WACH *apud* MARINONI, 2010, p. 169).

Tem-se, nesta teoria, a natureza do direito de ação partindo da diferenciação dos conceitos de pretensão à tutela jurídica (direito de ação ou pretensão de proteção do direito) e de pretensão à sentença, situação que repercute até mesmo na teoria eclética liebmianiana, porque ambas destinam ao réu poderes de ação, e não somente de reação - na verdade as doutrinas confundiam os conceitos de ação e pretensão, conforme se demonstrará oportunamente. A tutela jurídica somente seria prestada por meio de uma sentença favorável,

<sup>31</sup> Wach consagra-se como um dos mais influentes processualistas da Europa Continental e América Latina, sob um vasto plano de importantes seguidores, que conciliaram para a autonomização do processo civil e nortearam grande parte dos códigos processuais vigentes. Sobre o assunto, leciona Fábio Gomes (1999, p. 30): “Tão profundas foram as raízes por Wach, que a árvore genealógica de seus discípulos é hoje sem dúvida alguma a mais frondosa. O espectro dos ensinamentos de sua escola foi tão amplo que se propagou não só pela Alemanha, onde poucos processualistas não restaram seus seguidores, como também por toda a Europa Continental e América Latina. Um de seus discípulos mais próximos foi Chiovenda. Reconheceu este por várias vezes, e expressamente, a enorme influência de Wach sobre si, qualificando-o de maior processualista da Alemanha. Diretamente, através de Chiovenda, ou por intermédio de dois dos maiores discípulos deste – Calamandrei e Liebman -, atingiu Wach o processo ibero-americano. A influência de Chiovenda sobre Lieban, e deste sobre a maioria dos processualistas brasileiros da atualidade é atestada pela consagração da Teoria Eclética no vigente Código de Processo Civil, como expressamente reconhece Alfredo Buzid. Daí a importância da compreensão do pensamento de Wach.”



a uma das partes, enquanto que a pretensão à sentença, a ambas. Esta última, perseguida por autor e réu no sentido de haver um direito a uma sentença que ponha fim ao litígio, não se confundia com a pretensão à tutela jurídica, dependente de uma sentença favorável a uma das partes.

A pretensão de tutela jurídica garantiria ao titular de um direito subjetivo a proteção jurisdicional correspondente, por meio de uma sentença favorável concatenada a atos executórios aptos a efetivá-la. A isso se tem que a tutela jurídica, mesmo sendo a sentença de improcedência, deveria ser reconhecida, pois provida ao réu. O autor teria apenas exercitado seu direito de demandar frente ao Estado, o que não poderia ser confundido com o direito de ação, pois vinculado à sentença favorável. Conveniente, neste íterim, a passagem de Fernando Alberto Corrêa Henning (2000, p. 43):

A pretensão de tutela garante ao titular a obtenção do auxílio judicial a que tende o processo; garante a obtenção da sentença favorável ou a obtenção dos atos executivos. Assim, não se confunde com a faculdade de demandar, já que essa toca a qualquer um que apresente demanda formalmente perfeita. Ter a faculdade de demandar é poder pôr em movimento o processo; ter pretensão de tutela é ter mais, é ter direito à tutela, ao ato estatal de auxílio, e não ter direito a uma sentença qualquer. [...] A pretensão de tutela garante ao titular a obtenção do auxílio judicial a que tende o processo; garante a obtenção de sentença favorável ou a obtenção dos atos executivos. Assim, não se confundem com a faculdade de demandar, já que essa toca a qualquer um que apresente demanda formalmente perfeita. Ter faculdade de demandar é poder pôr em movimento o processo; ter pretensão de tutela é ter mais, é ter direito à tutela, ao ato estatal de auxílio, e não ter direito a uma sentença qualquer.

Sobressaem-se as primeiras conclusões da teoria em comento. Trata-se, inicialmente, de uma oposição à Teoria Abstrata, pois o direito abstrato seria não mais que a mera faculdade de demandar, e não o exercício de um direito a uma sentença favorável. Deveras, o direito abstrato de demandar sequer integraria o ordenamento jurídico.

Neste diapasão, o direito de ação, embora sustentada sua independência ao direito subjetivo material, na verdade, sempre dele decorria, a ponto de Wach declarar que o direito de ação competiria a quem fosse titular de um interesse real, e não imaginário. A exceção seria a ação declaratória negativa – cerne dos estudos que reprovaram a teoria clássica -, pois não tem como base um direito subjetivo material. De todo modo, a teoria condicionava a ação ao direito subjetivo material, o que tornava inexplicável o fenômeno da ação improcedente. Importante destacar, neste momento histórico, a presença de condicionantes da ação, como bem explica Fábio Gomes (1999, p. 31):

Fácil entender a razão pela qual ficou a teoria conhecida por esse nome. Na verdade, à exceção da declaratória negativa, condicionava Wach a ação ao direito subjetivo

material, que só poderia conduzir a uma sentença favorável. Disso resulta haver Wach imposto três condições da ação, a saber: a) a existência de um direito violado ou ameaçado de violação, sob pena de não haver legítimo interesse que deveria ser real, e não imaginário; b) a legitimação, ou seja, a necessidade de que o direito violado ou ameaçado fosse próprio; e c) a possibilidade jurídica do pedido, ou a adequação do direito ao ordenamento jurídico concreto, materializado em fatos-tipo previamente determinados. Após estudo crítico da Teoria Eclética, adotada pelo legislador do nosso Código de Processo Civil vigente, sem dúvida alguma restará de que tal concepção se identifica com esta propugnada pela Teoria do Direito Concreto, como aliás já denunciara Pontes de Miranda em 1947, tendo restado inútil a tentativa de demonstrar o contrário, levada a efeito por Galeno Lacerda.

Como visto, a teoria concretista lançada por Wach apresentou muitos elementos adotados pela teoria eclética de Liebman. As condições da ação liebmanianas, em análise comparada ao Código de Processo Civil Brasileiro, estão sobremaneira longe de servir estritamente como um filtro às demandas judiciais, pois tão equiparadas à análise do objeto litigioso do processo (apreciação de mérito para o célebre jurista italiano<sup>32</sup>) que, para Fábio Gomes (1999, p. 67), muito se aproximam de uma teoria concretista.

### 1.5.2 A AÇÃO COMO DIREITO POTESTATIVO

Giuseppe Chiovenda desenvolve o conceito de ação como um direito potestativo em meio à “preleção de bolonhesa”, de 03.02.1903. Da principal obra sobre o tema, intitulada de “*L’azione nel sistema dei diritti*”, surge o conceito de a ação como “*o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei*” (CHIOVENDA, 1969, p. 24), conforme tratado pelo jurista italiano:

A ação é um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito. Com seu próprio exercício exaure-se a ação, sem que o adversário nada possa fazer, quer para impedi-la, quer para satisfazê-la. Sua natureza é privada ou pública, consoante a vontade da lei, cuja atuação determina, seja de natureza pública ou privada. (CHIOVENDA, 1969, p. 24).

Reconhece Chiovenda que a conexão entre os conceitos “lesão dos direitos” e “ação” advém de uma verdadeira confusão dos institutos. Menciona os estudos de Windscheid sobre a *actio* romana e a conseqüente polêmica com Muther, os quais conduziram a processualística a diferenciar o *Anspruch* do direito de ação, autônomo, com vias de realizar a

---

<sup>32</sup> (LIEBMAN, 1976, p. 122).

lei por meio do processo. Somente com Wach, enfim, a autonomia do direito de ação teria se tornada completa, por meio do “*Manual*” e na monografia “*Der Feststellungsanspruch*”<sup>33</sup>.

Para Chiovenda, Wach teria demonstrado que, nos vultosos casos em que é pretendido realizar uma vontade concreta da lei, tal qual não exercível por outra forma senão o processo, tornava-se nítida a existência de um direito distinto daquele do autor pretender à prestação do réu devedor. A ação supriria, nestes termos, a falta da realização de uma prestação prevista em lei pelo devedor. Em vista da influência germânica, segue Chiovenda, Wach teria enquadrado a ação como o direito a uma prestação face ao Estado - aqui residindo parte de suas principais críticas, pois a ação se dirigiria ao adversário:

A teoria de Wach é mais conforme à tradição germânica do que à latina. Não se nega que existem relações jurídicas públicas (como se viu) entre o Estado e o cidadão; nem haveria *ação*, se não existisse o Estado, a que dirigir-se; neste caso, entretanto, a relação com o Estado não é mais que um meio de obter certos efeitos *contra o adversário*. A tradição latina vislumbrava na ação especialmente essa direção contra o adversário; a tradição germânica se fixa, antes, na relação com o Estado, como transparece da expressão *Klagerecht* (direito de querela). A diferença conceitual se manifesta na própria forma da demanda. [...] Pode-se, de resto, duvidar se existe um direito à tutela jurídica contra o Estado, o que presumirá um conflito de interesse entre Estado e cidadão, quando dar razão a quem a tem é interesse do próprio Estado, a que o Estado *provê permanentemente com a instituição dos juízes*. (CHIOVENDA, 1969, p. 22-23).<sup>34</sup>

Chiovenda não nega a possibilidade material e jurídica de qualquer pessoa agir em juízo, como ressalvado pela teoria abstrativista, mas que, todavia, essa mera possibilidade não conceitua o direito à ação, porque independente de resultado favorável. Não haveria, até então, pela doutrina do direito abstrato de agir, efetivamente o exercício de uma ação, senão de uma mera faculdade jurídica. Vale reiterar, o Estado não seria mais do que um meio para se obter determinados efeitos contra o adversário, até porque “a concessão de uma sentença favorável a quem tem razão não consiste em prejuízo para o Estado; esse sempre tem interesse na escorreita aplicação do ordenamento jurídico” (HENNING, 2000. p. 102). Em suma, não haveria conflito de interesses entre o autor e o Estado, mais uma razão sustentada por Chiovenda, pela qual a ação não se dirigiria àquele.

Os dois concretistas, Wach e Chiovenda, buscaram definir o conceito de ação processual como se a mesma fosse um poder atribuído ao titular do direito subjetivo material

<sup>33</sup> Referencia de Fábio Gomes (1999, p. 22-23).

<sup>34</sup> Da passagem, tornam-se claras as divergências conceituais entre os concretistas, especialmente, quanto ao direcionamento da ação. Posto que Wach evidenciasse a autonomização da ação, Chiovenda entende exagerado dirigir a ação contra o Estado, ao ponto de equiparar-se às teorias do direito abstrato de agir, subsumidas a uma simples possibilidade jurídica de agir em juízo, independente de êxito favorável. Chiovenda lembra que Wach também considerou dirigir-se a ação contra o adversário, o que por si só transbordaria o conceito de ação do campo dos simples direitos a uma prestação. A ação não seria, então, uma simples possibilidade jurídica de agir em juízo, designada a qualquer um. Nesse sentido, (CHIOVENDA, 1969, p. 26).

que, invocando a tutela estatal, pudesse torná-lo efetivo contra o obrigado. Wach demonstrou a possibilidade de haver ação mesmo a quem não correspondesse direito subjetivo qualquer; Chiovenda, sob outro foco, demonstra ser a ação um novo direito, completamente distinto do direito subjetivo material, tratando-se de um poder, direito potestativo, de realizar a condição necessária para atuação da vontade da lei, como já mencionado<sup>35</sup>. Dispõe sobre a teoria de Chiovenda, especialmente quanto às características dos direitos potestativos, Fernando Alberto Corrêa Henning (2000, p. 102):

(A) Seu titular tem direito de produzir um efeito jurídico no qual possui interesse, ou a cessação de um estado jurídico desvantajoso; (B) o direito é exercido mediante manifestação de vontade; e (C) o ocupante do pólo passivo da relação jurídica não está obrigado a uma prestação, mas sujeito ao efeito jurídico produzido. Vale notar que essas características podem ser consideradas respostas às seguintes perguntas: (A) a que tem direito o titular do direito potestativo; (B) como se exerce esse direito; e (C) qual a situação jurídica a ele correlata. Se quisermos verificar se um direito é potestativo, devemos fazer essas perguntas, se obtivermos aquelas respostas, então o direito em questão é potestativo, no sentido em que Chiovenda empregava a expressão.

Conclui-se do exposto que, sendo a ação um direito potestativo, sem impor nenhuma obrigação ao demandado, apenas lhe colando em um estado de sujeição frente à tutela jurisdicional exercida pelo autor, o direito de ação seria o poder de produzir determinado efeito jurídico mediante manifestação de vontade, por meio de uma demanda devidamente fundada. Logo, somente ao verdadeiro titular da ação seria possível a atuação da vontade da lei, ou seja, a ação<sup>36</sup>.

Neste diapasão, a ação seria um poder a ser exercido em face do adversário, contra quem se produz os efeitos jurídicos da atuação da lei. A isso se tem que o ato do “exercício” consumaria por completo a ação, já que ao adversário nada restaria senão se sujeitar aos efeitos jurídicos da lei. Relembra-se que o adversário estaria em um estado de sujeição, nada sendo obrigado a fazer, razão pela qual a ação seria um poder mais em face do que contra o adversário. Aqui é evidente o caráter concretista da teoria de Chiovenda, pois somente tem ação aquele que faz jus a uma sentença favorável, ou seja, “apenas as demandas fundadas são exercício de ação; as demais consistem em exercício de mera possibilidade de agir” (HENNING, 2000. p. 99).

Posto que Chiovenda dissociasse a ligação entre o direito subjetivo material e a ação, em verdade não conseguiu desvincular a sentença favorável do direito de ação,

<sup>35</sup> Cumpre ressaltar que Wach já tivera conclusões semelhantes na obra “*La Pretensión de Declaración*”, ao sustentar que a pretensão de tutela jurídica constituía um direito secundário e independente do direito subjetivo material.

<sup>36</sup> Esposado em Fábio Gomes (1999, p. 31-32).

especificamente em decorrência das condições impostas, tornando inexplicável a ação improcedente<sup>37-38</sup>. Tem-se, neste íterim, relevantes ensaios sobre as condições da ação<sup>39</sup>, que, aliás, é expressão que melhor se encaixa à teoria chiovendiana do que à teoria eclética, visto que a primeira condiciona o direito de agir a uma sentença favorável, enquanto que Liebman as dispôs como condicionantes a uma sentença de mérito. Sobre as condições da ação, leciona Chiovenda:

Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer as **condições necessárias para obter um pronunciamento favorável**. Variam segundo a natureza do pronunciamento. Assim, se se pleiteia uma sentença condenatória, veremos que as condições para obtê-la normalmente são: 1º a existência de uma vontade de lei que assegure a alguém um bem obrigado ao réu a uma prestação; a qualidade, isto é, a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei e da pessoa do réu com pessoa obrigada; 3º o interesse em conseguir o bem por obra dos órgãos públicos. (CHIOVENDA, 2000, p. 89, grifos no original).

Em suma, previu Chiovenda três condições da ação - sem grandes diferenças substanciais para com as condicionantes de Liebman, senão por decorrência das próprias distintas naturezas dos direitos de ação entendidas por cada -, quais sejam a existência de uma vontade da lei para atuar no caso concreto, a legitimidade para a causa e o interesse de agir.

A primeira das três condições da ação chiovendiana estabelece que, para haver a condição de existência da vontade da lei, nada mais razoável do que a lei efetivamente exista, e, além disso, seja aplicada ao caso concreto (subsunção). O juiz deve analisar a questão de direito, se existe uma norma (vontade abstrata da lei) e, também, a questão de fato, para qual os fatos levantados em juízo se convertam em vontade concreta. É possível afirmar, com as premissas calcadas, que a toda ação haver-se-ia de corresponder uma vontade da lei atuar<sup>40</sup>. Assim, as discrepâncias com a possibilidade jurídica do pedido prevista na teoria eclética advêm da própria natureza/conceito de ação pensada por Chiovenda, de cunho concretista.

<sup>37</sup> Neste sentido, preceitua Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 80, grifos no original): “Contudo, assim como WATH, também, CHIOVENDA, ao identificar a ‘ação’ processual com um novo direito **atribuído apenas ao titular do direito subjetivo** posto na demanda, para que este desencadeasse a atividade jurisdicional e realizasse a **condição necessária** aplicasse a “vontade da lei” no caso concreto, deixavam sem explicação o fenômeno da **ação improcedente**, desde que, neste caso, o juiz teria prestado indiscutivelmente jurisdição, outorgando tutela jurídica através de sentença de mérito, sem todavia proteger o direito subjetivo de quem exercera a ‘ação’.”.

<sup>38</sup> Prossegue Fábio Gomes (1999, p. 34): “Apesar do prestígio de que desfrutava na Itália, Chiovenda não foi poupado de imediatas e severas críticas. A ausência de qualquer obrigação por parte do réu, em decorrência do exercício de um direito potestativo por parte do autor, geraria, conforme Alfredo Rocco, uma relação jurídica deformada, já que teria um só termo. O que a doutrina de Chiovenda erigiu em direito autônomo e chamou de potestativo, continua Alfredo Rocco, nada mais é do que a faculdade, naquele direito compreendida, de o titular respectivo iniciar o exercício do mesmo por meio de expressa declaração de vontade. Sequer das críticas de Liebman escapou Chiovenda. Considera aquele que a diferença entre a concepção chiovendiana e a civilista está mais nas palavras do que na substância.”.

<sup>39</sup> A categoria jurídica condições da ação não foi inovação de Liebman. Além de Chiovenda, Piero Calamandrei escreveu importantes ensaios sobre o assunto.

<sup>40</sup> Rememorando a assertiva Chiovendiana de a ação ser completamente desvinculada do direito material deduzido, é importante distinguir, neste momento, que nem toda vontade da lei corresponde um direito subjetivo, pois, como delineado, a ação declaratória de inexistência de uma dada relação jurídica prescinde de um direito material.

Quanto à legitimação para agir, entende Chiovenda que “*não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente àquele que o faz valer e contrário àquele contra quem é contrária a vontade da lei (legitimação passiva).*” (CHIOVENDA, 2000, p. 222). Para o italiano, a legitimação refere-se mais à titularidade do que à existência da ação. De outro norte, o interesse de agir é entendido como a necessária intervenção dos órgãos jurisdicionais para consecução da vontade da lei, ou seja, sem o uso da jurisdição não haveria satisfação da condição da ação em foco<sup>41</sup>.

## 1.6 TEORIA ECLÉTICA DO DIREITO DE AÇÃO

A consagrada teoria eclética no Processo Civil brasileiro “consistiu na tentativa de conciliar o inconciliável” (GOMES, 1999, p. 45). Enrico Tullio Liebman, como se demonstrará, buscou sintetizar as duas teorias da ação precedentes. Para o italiano, as controvérsias em torno da ação davam-se de duas origens: a teoria concretista via a ação sob uma perspectiva do autor, concedendo ação somente àquele que tivesse razão, como o direito de conseguir uma sentença favorável e, de outro norte, a teoria abstrativista era concebida sob um prisma de pressuposto de direito constitucional, como direito de provocar a atividade dos órgãos jurisdicionais e de conseguir uma decisão qualquer, sem nenhuma condição prévia, subjetiva ou objetiva.

A síntese propugnada por Liebman consistia na conciliação entre essas duas teorias da ação, ajustando-as à sua definição de atividade jurisdicional. A ação seria o direito de provocar o exercício da jurisdição - de provocar o julgamento do pedido e de ter a lide decidida, em verdade, por meio da análise do mérito. Impende distinguir, em tempo, os conceitos de lide, mérito e jurisdição, basilares para entendimento desta teoria, nas próprias palavras de Liebman:

Lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir. Assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo e exprime satisfatoriamente o que se costuma chamar mérito da causa. Julgar a lide e julgar o mérito são expressões sinônimas que se referem à decisão do pedido do autor para julgá-lo procedente ou

---

<sup>41</sup> Isso porque “o interesse de agir não consiste unicamente no interesse de conseguir o bem garantido pela lei (o que forma o conteúdo do direito), mas também no interesse de consegui-lo por obra dos órgãos jurisdicionais. Pode-se em consequência, ter um direito e não ter ainda nenhuma ação (‘o interesse é a medida das ações’ - *‘point d’intérêt d’action’*). De modo geral, é possível afirmar que o interesse de agir consiste nisto, que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto”. (CHIOVENDA, 2000, p. 226, grifos no original).



improcedente e, por conseguinte, para conceder ou negar a providência requerida. [...] Fixado desse modo o conceito do mérito, é claro que todas as questões por ele não abrangidas constituem questões prévias, cujo exame pode levar a uma destas duas conseqüências: ou à continuação do processo para o julgamento do mérito, ou à terminação do processo sem conhecimento do mérito (absolvição da intância (y) em sentido amplo). (LIEBMAN, 1976. p. 122) <sup>42</sup>.

Sendo equivalentes para Liebman os conceitos de lide e mérito, a jurisdição, por outro lado, somente seria exercida caso analisado o mérito:

Entendo por jurisdição a atividade do poder judiciário, destinada a realizar a justiça mediante a aplicação do direito objetivo às relações humanas intersubjetivas, no processo de cognição somente a sentença que decide a lide tem plenamente a natureza de ato jurisdicional, no sentido mais próprio e restrito. Todas as outras decisões tem caráter preparatório e auxiliar: não só as que conhecem dos pressupostos processuais, como também as que conhecem das condições da ação e que, portanto, verificam se a lide tem os requisitos para poder ser decidida. Recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é ainda, propriamente, julgar: são atividades que por si próprias nada tem de jurisdicionais e adquirem esse caráter só por serem uma premissa necessária para o exercício verdadeiro da jurisdição [...] Nessa fase preparatória o processo funciona, em certo sentido, como um filtro para evitar que haja exercício de jurisdição quando faltam os requisitos que a lei considera indispensáveis para que se possam alcançar resultados satisfatórios. (LIEBMAN, 1976. p. 128-129) <sup>43</sup>.

Cabem algumas considerações. O caráter abstrato da ação, no sentido de poder ser exercido por qualquer pessoa, não se perdeu totalmente<sup>44</sup>. A ação em si seria abstrata, mas teria por conteúdo o julgamento do pedido (mérito), e, havendo requisitos que impossibilitassem a sua apreciação, não poderia ser vista de tamanha abrangência quanto pretendido pelos abstrativistas. Veja que os requisitos em comento, as condições da ação, não são apenas requisitos para a análise do mérito, mas sim requisitos de existência da própria ação, como exercício da jurisdição - os conceitos de lide, mérito e jurisdição aqui se concatenam, tanto quanto a tentativa de conciliar as duas principais teorias da ação modernas (ajustadas ao seu conceito de atividade jurisdicional). Nesse sentido, preceitua Liebman (1945, p. 46):

<sup>42</sup> Sobre a divergência conceitual de lide com Carnelutti: “O elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é, portanto, o conflito existente entre as partes fora do processo e sim o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito. [...] Carnelutti vê-se, assim, em face do problema da continência do processo com respeito à lide, que é ao meu ver um falso problema. Para o processo, interessa o que for nele deduzido efetivamente e não importam os outros fatos que podem ocorrer pelo mundo a fora”. (LIEBMAN, 1976, p. 114-115). Apoiado em Calamandrei, Liebman afasta o conflito de interesses, tal qual manifestado na vida real, do processo. Isso porque o pedido do autor seria o objeto do processo.

<sup>43</sup> Sobre a equivalência entre o direito de ação e o direito à jurisdição, preceitua Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 81): “Tentando superar as duas posições extremas, parte LIEBMAN da afirmação de que este fenômeno a que se dá o nome de “direito de ação”, corresponde a um agir dirigido contra o Estado, em sua condição de titular do poder jurisdicional e por isso, em se exato significado, o direito de ação é, no fundo, o **direito à jurisdição**; entre ação e jurisdição existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem o outro (“L’azione nella teoria del processo civile”, in Problemi del processo civile, págs. 45 e 47).

<sup>44</sup> Nesse sentido: “Segundo a doutrina de LIEBMAN, de larga aceitação no Brasil, a ponto de ser consagrada pelo próprio Código de Processo Civil de 1973, deve estabelecer-se distinção entre o direito de ação no plano constitucional – que corresponderia ao chamado “direito de petição”, completamente abstrato e incondicionado, conferido a qualquer pessoa, indistintamente, como consequência do monopólio da jurisdição pelo Estado – do verdadeiro “**direito processual de ação**”, este igualmente abstrato, é verdade, enquanto existirá mesmo que o direito material, **invocado como sua causa**, não exista; porém **condicionado** à existência de certos pressupostos a que a doutrina “ecclética” denomina “**condição da ação**”. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 83, grifos no original).

[...] das várias teorias que concebem a ação como um direito autônomo, destacam-se, de um lado, as que lhe atribuem caráter concreto, porque a definem como o direito a conseguir uma sentença favorável, e as que lhe atribuem caráter abstrato, porque a definem como o direito de provocar a atividade dos órgãos jurisdicionais. Entre essas duas correntes cabe uma posição intermediária, que se ajusta à definição, dada há pouco, de função jurisdicional. A ação, como direito de provocar o julgamento do pedido, a decisão da lide. É abstrata, porque tendo ambas as hipóteses em que este for julgado procedente ou improcedente, mas é subjetiva e objetivamente determinada, porque é condicionada à existência dos requisitos definidos como condições da ação.

Liebman confunde claramente os conceitos de ação e pretensão, de modo a conferir direito de ação também ao réu - eis um dos três *vícios insuperáveis* da doutrina eclética da ação vistos por Fábio Gomes<sup>45</sup> -, como expressamente declarado pelo italiano:

O juiz pode declarar procedente o pedido, dando ganho de causa ao autor; e pode, também, declará-lo, improcedente, dando assim vitória ao réu. Tudo depende dos resultados do estudo e do exame da causa. Naturalmente a improcedência do pedido do autor equivale à procedência da contestação do réu, que pediu a rejeição da ação proposta. Pedido e contestação representa dois pedidos em conflito e a função do juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme ao direito, concedendo ou negando, em consequência, a medida requerida pelo autor. Esse conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em juízo, representa seu substrato material. Este conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a *lide*, ou seja o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados pelo juiz. (LIEBMAN 1976, p. 120-121).

Outra conclusão é que a apreciação das condições da ação, tanto quanto os demais pressupostos processuais, não terão julgamento de mérito, e, portanto, não será um ato de natureza jurisdicional. As condições da ação seriam requisitos processuais que não atingiriam julgamento de mérito da lide, tanto menos requisitariam atividade jurisdicional para a sua análise. Esta categoria jurídica foi criada com intuito de surtir efeitos de filtragem de demandas, dentre uma fase preparatória do processo, para que não haja exercício da jurisdição quando dispensável, já que ausentes requisitos indispensáveis para alcance do resultado satisfatório<sup>46</sup>. A teor, preleciona Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 44-45):

Desta forma, Liebman nega o caráter concreto da ação, pois “a única coisa certa é que o juiz sentenciará, e a ação tem por objeto imediato justamente este seu provimento, qualquer que ele seja, favorável ou desfavorável”. Mas, no dizer de Liebman, esta abstração “não deve ser compreendida no sentido mais comumente

<sup>45</sup> Os demais vícios delineados por Fábio Gomes (1999, p. 45-46) são a tentativa de conciliar as duas teorias da ação anteriores e a redução do campo de atividade jurisdicional. O tema voltará a ser tratado no último capítulo.

<sup>46</sup> Liebman dispõe sobre a análise das questões prévias - as quais são dúvidas, consoante se disporá oportunamente, em quatro categorias, quais sejam os pressupostos processuais (em sentido estrito), as condições da ação (a possibilidade jurídica do pedido, o interesse processual e a legitimidade *ad causam*), as nulidades e as situações terminativas do processo -, nos seguintes termos: “A atividade do juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levantadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo. Por outro lado, o princípio da economia processual aconselha que estas dúvidas sejam todas resolvidas e eliminadas antes que se passe a examinar o mérito, para evitar o perigo de gastar tempo e trabalho num processo que poderá depois resultar invalidamente instaurado, inutilizando-se assim os atos porventura já realizados. Razões várias tornam, pois, conveniente assegurar, tanto quanto possível, que não se dê início ao conhecimento do mérito da controvérsia, senão depois de abrir e desembaraçar o caminho por meio da *depuração*, do *saneamento* do processo, isto é, pela eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo.” (LIEBMAN, 1976, p. 98-99).



aceito. No seu significado pleno e verdadeiro, a ação não compete de fato a qualquer um e não possui conteúdo genérico. Ao contrário, essa se refere a uma *fattispecie* determinada e exatamente individuada, e é o direito de obter que o juiz sentencie a seu respeito, formulando (ou atuando) a regra jurídica especial que a governa. Ela é, por isso, condicionada a alguns requisitos (que devem ser verificados em cada caso, preliminarmente, ainda que em geral se tenha como implícitos)”. A falta de qualquer uma destas condições, consoante Liebman, implicaria a inexistência da própria ação e de um verdadeiro exercício de jurisdição, não podendo o juiz apreciar o mérito da causa.<sup>47</sup>

O despacho saneador é entendido por Liebman como um instrumento eficaz para separar a análise dos pressupostos processuais do mérito da demanda deduzida<sup>48</sup>, de modo que a atuação jurisdicional tenha, a partir de então, condições para atuar, sobretudo de forma livre de analisar questões prévias que somente causam “inconvenientes”, conforme enfatiza o mestre italiano (LIEBMAN, 1976, p. 99):

A necessidade de examinar e decidir questões preliminares só pode causar confusão, demora e interrupções perigosas. Aí estão indicados os inconvenientes que se quiserem evitar; aí está o problema que se quis resolver com despacho saneador. O legislador pôs à disposição do juiz um instrumento dos mais eficazes para separar o exame de todas as questões processuais do conhecimento do mérito e para colocar a fase principal do processo sobre bases sólidas e firmes. Não é exagero dizer que da boa utilização deste instrumento depende em grande parte o eficiente funcionamento do processo civil.

Já que a apreciação das condições da ação não teria natureza jurisdicional, e, como, qualificada dentro do despacho saneador, muito se questionou qual seria então a verdadeira natureza da decisão que decreta a carência de ação, já que apreciadas de forma não jurisdicional, e, por decorrência, fora dos limites da coisa julgada. Liebman propôs que se fizesse um juízo hipotético – melhor, um “joeiramento prévio” -, mediante raciocínio condicional, onde se presumissem verdadeiras as alegações do autor, e, caso presentes as condições da ação, apto estaria o processo para o julgamento de mérito:

Assim, o exame de qualquer das condições da ação e a comprovação da presença das mesmas deve resultar da resposta afirmativa às seguintes perguntas: “Se verídicos os fatos narrados, existe lei que ampare a pretensão? Estaria o autor realmente interessado? Seria ele o titular do direito que pretende, e o réu sujeito passivo da eventual relação?” Positiva a resposta, deve o juiz considerar presentes as condições da ação, admitindo “provisoriamente” verdadeiras as afirmações do autor. Para a doutrina Eclética, vale que se repita, a atividade do juiz, consistente no exame da presença ou ausência das condições da ação, nada terá de jurisdicional; tratar-se-á de “joeiramento prévio”, conforme expressão de Liebman. (GOMES, 1999, p. 44).

<sup>47</sup> Rodrigo da Lima Cunha Freire conclui ser a ação Liebmaniana “um direito ou *poder subjetivo processual* de promover o processo, provocando o efetivo exercício da jurisdição, desde que presentes as condições da ação. (FREIRE, 1999, p. 45).

<sup>48</sup> Ovidio Baptista da Silva discorre sobre um estágio intermediário entre os pressupostos processuais e o mérito da demanda: “De modo que, ultrapassado o primeiro momento, aquele em que o juiz investiga a respeito da regularidade da relação processual, dando como existentes, ou como inexistentes, os denominados **pressupostos processuais** – necessários à regularidade formal da relação processual, tais como a capacidade processual das partes e sua correta representação na causa – haverá ele de passar a um estágio subsequente que a doutrina considera **intermediário**, entre o julgamento das questões formais atinentes à relação processual e a apreciação do mérito da causa, propriamente dito, averiguando, então, neste momento, se estão ou não presentes as denominadas condições da ação”. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 86, grifos no original).

A tentativa de Liebman foi de criar uma zona comum entre o direito material e o processual<sup>49</sup>, como medida de conter pretensões absurdas ou de injuridicidade manifesta, as quais a teoria o direito abstrato de ação não poderia evitar. Ocorre que o deslocamento da condições da ação para o âmbito processual tornou inexplicável a natureza do provimento sobre elas incidente, pois não enquadrada dentro da jurisdição, da administração, nem em nenhuma das atividades estatais<sup>50</sup>.

Passadas essas considerações, cumpre detalhar as três condições da teoria de Liebman. A possibilidade jurídica do pedido consiste, para o italiano, na previsibilidade da pretensão posta pelo autor no ordenamento jurídico. Trata-se de uma correspondência em abstrato dos pedidos em relação ao direito objetivo. Nesse sentido, determina Liebman:

Por *possibilidade jurídica do pedido* entendo a possibilidade para o juiz, na ordem jurídica à qual pertence, de pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor. Por ex., um pedido de divórcio carece hoje, no Brasil, de possibilidade jurídica, porque as leis brasileiras não permitem decretar a dissolução do casamento. Da mesma forma, carece desse requisito um pedido de mandado de segurança contra ato do presidente da República, dos ministros e de Estado, dos governadores e dos interventores (art. 319 do Código de processo Civil). Nesses casos o juiz nem deve conhecer da lide, porque, de qualquer modo, não poderia proferir a decisão pleiteada pelo autor. (LIEBMAN, 1976. p. 124-125, grifos no original).

O interesse de agir está consubstanciado no binômio necessidade/utilidade da utilização da prestação jurisdicional para satisfação do direito suscitado. A necessidade/utilidade da atuação jurisdicional decorrerá da ameaça ou da violação de um direito, como preceitua Liebman:

*Interesse processual*, ou interesse de agir, existe, quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa. É, pois, um interesse de segundo grau, porque consiste no interesse de propor o pedido, tal como foi proposto, para a tutela do interesse que encontrou resistência em outra pessoa, ou que, pelo menos, está ameaçado de encontrar essa resistência. Por isso, brota diretamente do conflito de interesses surgido entre as partes, quando uma delas procura vencer a resistência encontrada, apresentando ao juiz um pedido adequado. A existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo. Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, anti-econômico e dispersivo. (LIEBMAN, 1976, p. 125-126, grifos no original).

Assim, não se confunde interesse real com interesse substancial ou material. Isso porque o autor pode ter interesse em restaurar seu direito violado, afirmando-o nas vias jurisdicionais, sem que haja, porém, necessariamente a obtenção do tipo de tutela reclamada. Em verdade, pode ser que o meio escolhido pelo autor para proteger algum direito violado

<sup>49</sup> Sobre o assunto, Galeno Lacerda (1958. p. 93).

<sup>50</sup> Vide Fábio Gomes (1999, p. 54-55).

não seja o idôneo para tanto e, bem por isso, o processo devesse ser extinto por ausência de interesse de agir.

Por fim, a legitimidade *ad causam* impõe a correspondência, ou melhor, identidade entre os dois sujeitos da relação processual e os sujeitos da relação de direito material discutida em juízo. Compila Liebman:

[...] **legitimação** (ou legitimidade *ad causam*) é a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda, Toda vez que surge um conflito de interesses, a lei não reconhece a qualquer um o poder de dirigir-se ao juiz para que intervenha e imponha o império da lei. Aquele a quem a lei atribui esse poder e aquele em face de quem o pedido pode ser feito é que são pessoas legítimas. Em geral, na ausência de disposições especiais, são elas os próprios titulares dos interesses em conflito; às vezes, são também terceiros, aos quais a lei outorga legitimação concorrente ou subordinada. (LIEBMAN, 1976. p. 126-127, grifos no original).

Em suma, são essas as três condicionantes previstas por Liebman, as quais devem existir para que a lide seja julgada. Como bem salienta o mestre italiano, “*Recebem o nome de condições da ação, porque são verdadeiras condições de existência da ação, requisitos cuja falta produz a carência de ação*”. (LIEBMAN, 1976, p. 127, grifos no original).

## 1.7 TEORIA ADOTADA/ADAPTADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Antes de dispor sobre o regramento das condições da ação no Processo Civil Brasileiro, cumpre adotar uma posição quanto ao conceito de ação. Uma, ou pelo menos uma relação jurídica substancial, quando posta à análise jurisdicional recebe o nome de ação ou demanda. O exercício do direito constitucional de ação (direito abstrato de ação), perfectibiliza-se quando é levada ao Poder Judiciário a discussão de um direito substancial por meio de uma ação processual, vista sob uma óptica concreta, ou seja, a ação exercida – “ato jurídico”, que não se confunde com a “situação jurídica” conferida pelo direito fundamental de ação. Analisar as condições sob outra acepção que não a da “ação exercida” é de todo incompatível com a sistemática processual, conforme colhido de Fredie Didier Júnior (2010, p. 195):

Essa acepção é a que consideramos [refere-se à “ação” como exercício do direito abstrato de agir ou “ação exercida”], atualmente, do ponto de vista prático e didático, a mais importante. O estudo dos “elementos da ação”, da “cumulação de

ações”, do “concurso de ações”, da “classificação das ações” gira em torno da “ação exercida”, e não do direito de ação constitucionalmente considerado. Outras questões, como a coisa julgada, a conexão/continência, a prejudicialidade, a intervenção de terceiros, do mesmo modo, estão intimamente relacionadas à “ação exercida”. As condições da ação também só se admitem se a “ação condicionada” for a “ação exercida”<sup>51</sup>.

Deduzida a relação substancial em juízo, concretizada está, pois, a ação. As condições da ação não são requisitos para a existência da ação ou ao direito de ação, pois incondicionado, e sim, o que é minimamente razoável de se dizer, ao seu exercício:

Pensamos, entretanto, que não existem duas espécies de ação (uma constitucional e outra processual), nem há que se distinguir a demanda, no plano constitucional, da ação, no plano processual. A ação encontra-se consagrada constitucionalmente, como direito genérico e abstrato. Todavia, o exercício regular deste direito, no âmbito infraconstitucional ou puramente processual, pode e deve ser limitado, como ocorre no direito positivo brasileiro, por meio das condições da ação. Destarte, as condições da ação não são requisitos para a existência da ação, nem mesmo em sentido puramente processual. São requisitos estabelecidos para o exercício regular da ação, pois, se não preenchidos, impedem a condução do processo ao exame do *meritum causae*. [...] As condições da ação, são, portanto, *condições para um exercício regular da ação no âmbito processual*, possibilitando, se preenchidas, o exame do mérito pelo juiz, desde que exista uma relação jurídica processual válida, não se podendo dizer que tais condições sejam requisitos para existência ou não da ação<sup>52</sup>. (FREIRE, 1999, p. 49-50).

A ação exercida é concretamente visualizada pelos elementos da demanda, partes, causa de pedir e pedido, os quais guardam pertinência com os elementos da relação substancial deduzida, quais sejam os sujeitos, fato jurídico e objeto. Razão pela qual a ação concreta não prescinde de pelo menos uma relação de direito substancial deduzida; esta é conteúdo (pressuposto) daquela. A partir de agora, tomemos por sinônimas as expressões “ação”, “ação processual” e “demanda”, todas correspondentes ao efetivo exercício do direito abstrato de ação.

Os elementos da demanda estão descritos no artigo 301, § 2º, do Código de Processo Civil<sup>53-54</sup> e deverão ser identificados em todas as ações, consoante previsão do artigo 282, incisos II, III e IV,<sup>55</sup> do mesmo diploma legal. O elemento subjetivo da demanda corresponde às partes processuais, que podem diferir, como visto, das partes do litígio (os

<sup>51</sup> Quanto ao conceito de ação exercida, dispõe extrai-se do CPC: “Art. 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.” (BRASIL, 1973); “Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado”. (BRASIL, 1973) e “Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta [...]” (BRASIL, 1973).

<sup>52</sup> A própria expressão “carência de ação” esposada por Liebman e prevista no inciso X do artigo 301 do Código de Processo Civil, não implica em inexistência de ação, já que as condições da ação são requisitos estabelecidos para o exercício regular da ação. Melhor técnica é, em havendo ausência de uma condição da ação, denominar o fenômeno jurídico de carência de condição da ação, jamais de carência de ação.

<sup>53</sup> “Art. 301. [...] § 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.” (BRASIL, 1973).

<sup>54</sup> A partir da identificação dos três elementos da demanda, é possível estabelecer a litispendência e a coisa julgada.

<sup>55</sup> “Art. 282. A petição inicial indicará: [...] II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; [...]” (BRASIL, 1973).

sujeitos da relação substancial deduzida), pois é possível haver parte processual sem que esta seja titular da situação jurídica discutida<sup>56</sup>, justamente nos casos de ilegitimidade *ad causam* e na legitimação extraordinária<sup>57</sup>.

Dos elementos objetivos da demanda, a causa de pedir é “[...] o fato ou conjunto de fatos jurídicos (fatos(s) da vida juridicizado(s) pela incidência da hipótese normativa) e a relação jurídica, efeito daquele fato jurídico, trazidos pelo demandante como fundamento do seu pedido” (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 424) e é composta do fato (causa de pedir remota) e do fundamento jurídico (causa de pedir próxima)<sup>58</sup>, devendo o autor, em sua petição inicial, demonstrar a incidência da hipótese normativa no suporte fático concreto. Não é difícil de compreender que a afirmação de uma relação jurídica substancial - composta obrigatoriamente do fato jurídico, objeto e dos sujeitos – decorre do direito material.

O segundo elemento objetivo da demanda, o pedido, é o efeito jurídico do fato jurídico delineado na causa de pedir. Os pedidos delimitam a decisão judicial, conforme prescrito pelo princípio da congruência<sup>59</sup> (artigos 128<sup>60</sup> e 460<sup>61</sup> do CPC), e identificam, pois, a demanda. Trata-se da pretensão material posta a apreciação judicial - havendo correspondência entre o objeto da relação jurídica substancial e os pedidos da relação processual ou, agora, pretensão processual -, possível de se distinguir o seu objeto imediato, ou seja, a providência jurisdicional pretendida e o seu objeto mediato, bem da vida (resultado prático) que se espera obter em juízo.

Aos três elementos da ação, partes, causa de pedir e pedido, estão dispostas as três condições da ação, respectivamente, legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido<sup>62</sup>. O Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria eclética sobre o direito de ação que, como tratado, considera ser o direito de ação o direito a uma sentença de

<sup>56</sup> Reitera-se aqui a autonomia da relação jurídica processual em relação à relação jurídica material deduzida.

<sup>57</sup> Na legitimação extraordinária é conferida legitimação a parte processual para defender, em nome próprio, interesse alheio, conforme previsão do artigo 6º do Código de Processo Civil, a ser analisado oportunamente. Desta afirmação se extrai que parte legítima é aquela que tem autorização para discutir em juízo uma determinada situação jurídica (situação legitimante) - e que pode defender ou refutar esta situação jurídica, porque sempre será parte processual.

<sup>58</sup> Importante distinguir fundamento jurídico, incidência da hipótese normativa no suporte fático concreto, de fundamentação legal. Isso porque segundo a teoria da substancialização, o autor deve indicar em sua peça inicial o fato jurídico (teoria da individualização) e a relação jurídica dele decorrente (pedidos), melhor, o efeito pretendido quando verificada a incidência da regra jurídica sobre os fatos (subsunção), atividade essa de inteligência do julgador. Essa incidência, também conhecida como juridicização dos fatos, antecede e é capaz de fazer irradiar eficácia jurídica (consequência jurídica exposta nos pedidos). O que ocorre é que o juiz, em sua decisão, está adstrito aos fatos jurídicos e aos pedidos formulados na inicial (vide Princípio da Congruência), e não à fundamentação legal posta na inicial. Nesse sentido, vide Fredie Didier Júnior (2010, p. 424/426).

<sup>59</sup> Vícios em decisões judiciais que não atendem aos limites dos pedidos postos na peça inicial, ditos de *error in procedendo*, são passíveis de anulação, porque correspondem a sentenças (prestações jurisdicionais, fala-se em sentença em sentido amplo) *citra*, *ultra* e *extra petita*.

<sup>60</sup> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. (BRASIL, 1973).

<sup>61</sup> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado (BRASIL, 1973).

<sup>62</sup> Mostrar-se-á que a existência das condições da ação em uma demanda é aferível à luz da relação jurídica substancial deduzida em juízo, analisando-se seus sujeitos, seu fato jurídico e seu objeto.

mérito da lide, apenas possível caso preenchidas aquelas três condicionantes (LIEBMAN, 1976, p. 129-130). Enrico Tullio Liebman, propulsor desta teoria, fundou a Escola de São Paulo<sup>63</sup>, decisiva para o início do estudo científico do processo e da formulação do anteprojeto do Código de Processo Civil vigente, consoante prescreve GOMES (1991, p. 45):

A doutrina majoritária brasileira está comprometida com o pensamento de Liebman. Tal comprometimento decorre de três causas fundamentais, segundo pensamos. A primeira delas consistiu no impacto e profunda impressão que o fundador da “Escola de São Paulo” causou sobre os discípulos que o cercaram, sem dúvida uma plêiade de juristas que logo passaram a difundir as idéias do Mestre, tornando-se eles também mestres de escol. As obras de Alfredo Buzaid, José Frederico Marques e Machado Guimarães – para citar apenas alguns – demonstram a procedência da afirmação. A segunda causa decorre diretamente da primeira: a liderança intelectual exercida pelos discípulos de Liebman fez que o espectro de suas idéias atingisse âmbito nacional; com isso, outros grandes processualistas mais jovens formaram-se sob esta influência. Finalmente, o fato de haver o nosso Código vigente adotado orientação consentânea com o pensamento de Liebman certamente desestimulou uma dissensão maior.

O Código de Processo Civil refere-se em dois momentos às condições da ação em específico. O primeiro, no artigo 3º, o qual trata da ação, dispondo que “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade” (BRASIL, 1973). Já ao tratar da extinção do processo, especificamente sem resolução de mérito, determina o artigo 267 do Código de Processo Civil: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; [...]” (BRASIL, 1973). Ademais, dentro da sistemática processual estabelecida pelo estatuto em tela, a carência de ação é tratada como “objeção a ser alegada antes da discussão do mérito” (ARMELIN, 1979, p. 146), conforme artigo 301, inciso X<sup>64</sup>, dispositivo esse que consagra a expressão “carência de ação”<sup>65-66</sup>.

O Código de Processo Civil não possui uma parte geral que discipline todos os seus institutos processuais, razão pela qual, nos lembra Donaldo Armelin (1979, p. 148-149), os demais procedimentos, como o executivo e o cautelar, pautar-se-ão nas normas que regem

<sup>63</sup> Cite-se como exemplo dos integrantes desta escola Alfredo Buzaid, Luís Eulálio de Bueno Vidigal, José Frederico Marques, Machado Guimarães e Eliézer Rosa.

<sup>64</sup> Ao tratar da contestação, o Código de Processo Civil prevê que “Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - carência de ação; [...]” (BRASIL, 1973).

<sup>65</sup> O uso da expressão é utilizado indevidamente, vale reiterar: “O uso da expressão, entretanto, é inconveniente, pois, apesar da posição esposada por Liebman, no sentido de que o não preenchimento de uma das condições da ação implica inexistência da própria ação, o que se pode limitar, em verdade, é o exercício da ação, e não a sua existência. Carência significa falta, privação ou ausência, e, desta forma, melhor seria falar em carência de condição da ação.” (FREIRE, 1999, p. 65).

<sup>66</sup> A extinção sem julgamento de mérito do processo é tido como uma verdadeira crise (terminação anômala): “verdadeira *crise* do processo só existe quando ele é extinto sem julgamento do mérito. Como toda instituição humana, o processo não é destinado a ser perpétuo e, precisando terminar um dia, ele termina de modo natural e ordinário quando seu objetivo se consegue – a pretensão trazida pelo autor é julgada e assim a tutela jurisdicional é concedida a uma das partes [...]; *crise* existe quando ele deve terminar sem esse julgamento. Ordinariamente diz-se *extinção do processo* para designar sua terminação *anômala*, ou seja, extinção sem haver cumprido o objetivo de julgar a demanda (CPC, art. 329), embora rigorosamente também haja extinção quando o mérito é julgado (art. 268). Enquanto a extinção com julgamento do mérito é uma realização, a extinção sem julgá-lo é um fracasso – e daí, *crise*. Essa é a mais grave das crises que o processo está exposto, sendo mais profunda que a suspensão processual e outros incidentes menores [...]”. (DINAMARCO, 2001, p. 181).



o processo de conhecimento para se auferir a respeito das questões de admissibilidade, dentre elas as condições da ação:

Carece o Código de Processo Civil de uma parte geral, onde sejam disciplinados todos os institutos processuais cuja abrangência, relativamente a todos os tipos de processo, justifica o seu encarte na categoria daqueles considerados como fundamentais para o processo, tal como ocorre com a jurisdição, a ação, a competência, as partes e outros. A técnica adotada na sua elaboração foi, sem dúvida, propiciar o tratamento de tais institutos na abordagem do processo de conhecimento [...] Por essa razão, sem embargo da disciplina eventual da especificidade dos institutos gerais do processo nos livros do Código referentes a processos diversos do de conhecimento, é neste que devem ser hauridos os princípios sobre os referidos institutos [tome-se as condições da ação dentro deles], inclusive por disposição expressa, como ocorre com o processo de execução, onde o art. 598 determina a aplicação subsidiária das disposições que regem o processo de conhecimento.<sup>67.68</sup>

As condições da ação são uma espécie de questão submetida à cognição judicial, relacionada a um dos elementos da ação, que para Adroaldo Furtado Fabrício (2003, p. 15-16)<sup>69</sup>, constituir-se-iam em um círculo concêntrico intermediário entre externo, correspondentes às questões puramente formais, e o, representativo do mérito da causa, ou seja, as condições da ação não seriam questões de mérito nem de admissibilidade, e sim relacionadas à ação<sup>70-71-72</sup>:

<sup>67</sup> “Art. 598. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.” (BRASIL, 1973).

<sup>68</sup> É por esta razão, esposada por Donaldo Armelin, que centraremos a discussão acerca das condições da ação nos ditames do processo de conhecimento. Como se verá, especialmente no tópico destinado ao interesse de agir, as aplicações aqui tratadas incidirão sobre a generalidade dos casos, que, inclusive, são muitas vezes confundidas com procedimentos específicos – direito líquido e certo no mandado de segurança e título executivo na ação executiva *lato sensu* são bons exemplos disso. Nesse sentido, completa Donaldo Armelin (1979, p. 148-149): “Sendo a legitimidade e o interesse de agir condições genéricas atinentes à ação [o autor não considera a possibilidade jurídica do pedido uma condição da ação], qualquer que seja o processo que de seu exercício exsurja, sua disciplina há de ser buscada, à míngua de disposições específicas ou na insuficiência destas, tal como ocorre, respectivamente, com o processo de execução e com o processo cautelar, nas regras pertinentes inseridas nas disposições disciplinadoras do processo de conhecimento. As singelas regras atinentes à legitimidade no processo de execução, constantes dos arts. 566 e 568 do Código, não exaurem toda a problemática da matéria, embora, neste tipo de processo, a complexidade da legitimidade seja reduzida pela presença do título executivo. Outrossim, no processo cautelar, nenhuma referência pode ser encontrada tangente à legitimidade, mister se fazendo, destarte, o recurso aos princípios gerais firmados no tratamento do processo de conhecimento. Portanto, a disciplina legal da legitimidade do processo [aqui, estendemos a assertiva às demais condições da ação] há de ser buscada administrativamente ou integralmente nas regras a respeito estatuídas pertinentemente ao processo de conhecimento.

<sup>69</sup> Traça os parâmetros da cognição judicial no Processo Civil brasileiro Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 217): “Para a adaptação do procedimento à realidade de direito material, de grande importância é a cognição, como vetor destinado à concepção de tutelas jurisdicionais diferenciadas. A cognição é, antes de tudo, uma relação entre o sujeito (cognoscente) e o objeto (cognoscível). Essa relação entre o sujeito e o objeto se dá através da função intermediária de cognição. A cognição pode ter seu grau de intensidade (vertical) ou de amplitude (horizontal) diversificado para que seja atendida uma dada situação de direito substancial. No plano horizontal a cognição pode ser plena ou parcial, enquanto no plano vertical a cognição será exauriente, sumária ou superficial. Através da combinação destas modalidades, fala-se em cognição plena e exauriente; parcial e exauriente; parcial e exauriente; plena e exauriente secundum eventum probationis; eventual, plena ou limitada e exauriente; e sumária ou superficial.”

<sup>70</sup> Assenta FABRÍCIO (2003, p. 14-15) “Diz-se, então, que o direito de ação, conquanto autônomo e abstrato em relação ao direito subjetivo material “afirmado”, só pode ser exercido em correlação com determinada pretensão de direito material, à qual se apresenta “ligado e conexo”. Por isso torna-se necessário “condicionar” o direito de ação, submetendo-o a determinados requisitos cuja satisfação é tida como indispensável à obtenção de uma sentença de mérito. Mais, afirma-se que essa categoria das condições da ação é estranha ao mérito, como também não pertence à órbita dos pressupostos processuais”. Constitui um círculo concêntrico intermediário entre o externo, correspondente às questões puramente formais, e o interior, representativo do *meritum causae*.”

<sup>71</sup> O código de Processo Civil brasileiro, inspirado no modelo italiano, adotou o chamado trinômio processual, que mantém uma zona cinzenta entre os pressupostos processuais e as condições da ação, conforme leciona Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 60-61): “Segue o direito brasileiro, portanto, ao modelo italiano para distinguir os pressupostos processuais das condições da ação, adotando o chamado trinômio processual (pressupostos processuais, condições da ação e mérito), embora não exista uma convergência entre os autores a respeito da fixação dos pressupostos processuais, nem mesmo das condições da ação entre estas duas categorias [...]. Com efeito, pensamos que os pressupostos processuais são sempre extraídos da relação processual a ser formada ou já constituída, porquanto sempre intrínsecos a esta relação, enquanto as condições da ação são absolutamente extrínsecas à relação processual, sendo aferidas em função da relação hipotética de

Em síntese expressiva, Cândido R. Dinamarco [maior seguidor de Liebman na processualística brasileira] observa que a cognição do juiz, no processo de conhecimento, tem por objeto um trinômio de questões, incluindo aquelas sobre a regularidade do processo mesmo (v.g., os pressupostos processuais), as que versam sobre as condições da ação e, finalmente, as questões e mérito. O trinômio é válido, em linhas gerais, também pra o processo de execução e o processo cautelar, evidentemente com as especificações próprias que os diferenciam do processo de conhecimento. A teoria do trinômio, informa Alfredo Buzaid, substituiu o binômio *iudicium* e *res in iudicium deducta* do primórdio da ciência processual e também o binômio *pressupostos processuais* e *condições da ação* da teoria da ação como direito concreto a sentença favorável. *Pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa* são elementos deste trinômio. É a teoria defendida por Liebman, que no Brasil formou inúmeros discípulos e continua exercendo uma significativa influência. (WATANABE, 1999, p. 71-72).

Da sistemática processual, então, é possível distinguir duas subdivisões das questões de admissibilidade: as questões relacionadas ao processo e as questões relacionadas à ação. Pode-se classificar questões relacionadas ao processo - pressupostos processuais<sup>73</sup>, que envolvem tanto os pressupostos de existência como os requisitos de validade da demanda<sup>74</sup> -, questões relacionadas à ação, referentes às condições da ação e, por fim, questões de mérito. As duas primeiras compõem o juízo de admissibilidade da demanda, que nada mais é do que um juízo sobre a validade do ato jurídico complexo procedimento<sup>75</sup> - aplicável aos procedimentos

---

direito material ou substancial afirmada na petição inicial. [...]” O autor é adepto à teoria da asserção – a ser analisada posteriormente – mas não nega, conforme exposto, que a análise das condições da ação é matéria extrínseca à relação processual e deve ser feita à luz do direito material ou substancial da demanda.

<sup>72</sup> Sobre a mencionada “zona cinzenta”, lembra Alfredo Buzaid (1972, p. 7) que há uma ordem lógica de apresentação das questões de admissibilidade (pressupostos processuais e condições da ação), mas que na prática, não há uma separação cronológica para análise das mesmas: “[...] do ponto de vista metodológico, o juiz deve começar pela análise dos pressupostos processuais, a fim de verificar se a relação se constitui e se desenvolveu regularmente. Superada esta fase, examinará se ocorrem os requisitos de admissibilidade da ação. Isto posto, ingressará afinal no mérito da causa, declarando se processe ou não o pedido que lhe foi formulado [...] Esta ordem lógica de apresentação das questões é puramente hipotética, porque não há entre elas uma separação cronológica, de forma que uma precede necessariamente à outra. Na prática, podem elas surgir simultaneamente, ou em ordem inversa”.

<sup>73</sup> Pontua, a respeito dos pressupostos processuais, Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 36): “Nesse sentido, pensamos que os pressupostos processuais devem obrigatoriamente ser classificados em pressupostos processuais de existência, indispensáveis à formação da relação jurídica processual, e pressupostos processuais de validade, necessários para o desenvolvimento válido e regular da relação jurídica processual, e estes podem agrupar-se em dois outros ramos, os dos pressupostos objetivos e subjetivos, podendo-se, ainda, subdividir estes últimos em pressupostos relativos ao juízo ou juiz e pressupostos relativos às partes. Todos os pressupostos processuais, entretanto, são requisitos para o exame de mérito, na medida em que o magistrado não pode julgar o pedido formulado pelo autor antes de verificar a presença dos pressupostos de existência e de validade da relação jurídica processual. Ademais, a presença ou ausência de qualquer pressuposto processual, seja ele de existência ou de validade, pode ser aferida em qualquer tempo ou grau de jurisdição, bem como pronunciada *ex officio* pelo órgão julgador.”

<sup>74</sup> A diferenciação entre os pressupostos de existência e os requisitos de validade, dispostos no inciso IV do artigo 267 do Código de Processo Civil como “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” (BRASIL, 1973), é muito pertinente em Hélio Tornaghi (1987, p. 74-75): “Se falta um pressuposto de existência, v.g., a jurisdição, não há realmente processo em sentido jurídico, não existe aquela atividade relevante para o direito que se chama processo, não há relação jurídica entre as partes e o juiz. Haverá processo em sentido puramente físico, atividade encadeada e progressiva, relação de fato entre sujeitos; se um deles não é juiz, se é pessoa não investida de jurisdição, não há processo. Se, ao invés, falta um pressuposto de validade, v.g., a competência, então há relação processual; o que não há é aquela eficácia jurídica do ato regular e são”. Nesse sentido, arremata Freire (1999, p. 33): “[...] a sentença proferida, diante da falta de um pressuposto de existência, não poderá transitar em julgado, enquanto a sentença proferida preferida na falta de pressuposto processual de validade (ou na presença de um pressuposto processual negativo) poderá ser acobertada pela coisa julgada material [...] se houver o encerramento definitivo do processo, o remédio processual cabível para impedir a produção dos efeitos da sentença proferida em processo não existente, por falta de um pressuposto de existência, será uma ação declaratória de inexistência, não estando sujeita a qualquer prazo prescricional ou decadencial, enquanto a sentença proferida em processo irregular, diante da falta de um pressuposto de validade (ou presença, se o pressuposto for negativo), poderá, após o trânsito em julgado, ser impugnada mediante ação rescisória, submetida ao prazo decadencial de dois anos [...]”.

<sup>75</sup> “O procedimento é um ato-complexo de formação sucessiva, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional.” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 18). Chiovenda (1969, p. 50), em complemento, afirma que “[...] o processo é um *complexo de atos*. Não se trata, porém, naturalmente de uma série de atos dissociados e independentes, senão de uma sucessão de atos vinculados pelo objetivo comum da atuação da vontade da lei e procedendo ordenadamente para a consecução desse objetivo; de onde o nome de *processo*”. Não há razão substancial para suscitar as diferenças teóricas entre processo e procedimento vistas dos dois citados autores, já que o estudo da validade de um é o mesmo que o do



incidentais, recursais ou executivos<sup>76</sup>, pois decorrente da teoria geral no processo -, que caso positivo (admissível, com declaração de eficácia em vista da constatação da validade do procedimento), possibilita o exame do mérito da relação substancial deduzida, ou seja, julgar-se-á, a partir da constatação da validade das questões de admissibilidade, improcedente ou procedente o objeto litigioso do processo. Leciona José Frederico Marques (1967, 211/213):

*O judicium*, como ato final do processo de conhecimento, sòmente se realiza quando admissível o julgamento de mérito. Por isso é êle precedido do juízo de admissibilidade do pedido, que se desdobra em juízo sôbre os pressupostos processuais e em juízo sôbre as condições da ação. [...] No que tange com o juízo de admissibilidade, dois são os momentos que êle tenha lugar: o primeiro é o do *ajuizamento da petição inicial*, e o segundo o do *despacho saneador*. [...] Encerrada a fase postulatória, sobem os autos para o despacho saneador, cabendo então ao juiz pronunciar a *absolutio ab instantia* ou a carência de ação, liquidando o processo; ou então expungi-lo de vícios e defeitos que possam obstar o julgamento de mérito, para em seguida ordená-lo devidamente e ser a ação, assim, a final decidida na sentença que encerrar o juízo. [...] No instante processual do despacho saneador, tem o juiz a oportunidade de prover mais amplamente sobre a regularização do procedimento. E quando exara o despacho que sucede a essa operação de limpeza e saneamento, estará ordenando o processo e, ao mesmo tempo, declarando admissível o julgamento de mérito<sup>77.78</sup>.

O juízo de admissibilidade está situado no plano da validade dos atos jurídicos e aprecia a validade do procedimento<sup>79</sup>, que como dito, é um ato-complexo de formação sucessiva, instaurado por um ato postulatório. Em resumo, o juízo de admissibilidade verifica a existência dos requisitos de admissibilidade para legitimar a análise do conteúdo da postulação (juízo de mérito), julgando-a admissível ou inadmissível, cujo efeito negativo é a invalidação do procedimento. Extrai-se de Fredie Didier Júnior (2005, p. 27/28):

---

outro, por mais que realmente sejam conceitos diferentes, conforme determina Alexandre Câmara (2012, p. 141-142): “O processo não é o procedimento, mas o resultado da soma de diversos fatores, uma dos quais é exatamente o procedimento (e os outros são o contraditório e a relação jurídica processual) [...] Não há processo onde não houver procedimento. Mas a existência de um procedimento não é suficiente para que exista um processo, sendo necessária a existência, ainda, de uma relação jurídica processual, além da instauração do contraditório entre os sujeitos da referida relação”. De todo modo, não há como discordar da afirmação de Fredie Didier Júnior (2005, p. 19): “Processo é procedimento animado pela existência de uma relação jurídica que vincula os sujeitos que delem fazem parte – relação jurídica essa que se desenvolve em contraditório. O exame do juízo de admissibilidade do processo não pode ignorar esse aspecto: o estudo da validade do processo é o estudo da validade do procedimento”.

<sup>76</sup> Cite-se como exemplo o princípio da fungibilidade recursal, decorrente do sistema de invalidades, construído justamente para evitar a decretação de nulidades.

<sup>77</sup> E conclui: “Daí se deduz que quando se fecha a fase postulatória, cumpre ao magistrado, que dirige o processo, fazer exame detido e, quase sempre, definitivo, das condições de admissibilidade do prosseguimento da instância para ulterior decisão sobre o *meritum causae*. Se entender que haja vícios e defeitos na instância que impeçam o conhecimento do mérito da causa, o juiz declarará encerrada a relação processual. Se da análise dos atos processuais inferir, ao contrário, o juiz, que nenhum vício substancial contamina a instância, e que existem as condições que tornam legítimo o *jus actionis*, a sua decisão terá conteúdo positivo e, além da parte declaratória da admissibilidade do *judicium*, nela se incluirão medidas e disposições de ordenação procedimental. (MARQUES, 1967, p. 215-216).

<sup>78</sup> Sobre a “crise de instância”: O juízo de admissibilidade, quando proferido, provoca sempre uma anormalidade, que é a de encerrar-se o processo sem que se decida do mérito da pretensão ajuizada. E quando pronunciado na ocasião do *saneamento do processo*, a anormalidade será também procedimental, uma vez que a instância deixa de fluir antes que o procedimento passe por todas as suas fases, fenômeno esse que dá causa ao que se denomina de *crise da instância* [...]”. (MARQUES, 1967, p. 231).

<sup>79</sup> Pertinente é a passagem de Donaldo Armelin (1979, p. 31): “Ora, uma das formas mais adequadas para propiciar ao processo maior eficiência dentro dos parâmetros traçados para as suas específicas finalidades é a de se evitar, se não a instauração, pelo menos o prosseguimento de processos fadado a um término anormal por carência de requisitos indispensáveis à colimação daquelas finalidades, centradas na dirimência do conflito mediante aplicação do direito objetivo ou através da satisfação do direito de uma das partes. Para isso é indispensável que concorram na formação do processo todos os requisitos que ensejam sua existência e validade, bem assim como que inexistam outros fatores que, atuando negativamente em relação a estes, impedem sua validade formação. Esses requisitos são, relativamente ao fim último e precípua do processo, meios inarredáveis à conclusão normal deste, com a prolação da sentença de mérito, onde o pedido do autor é apreciado favorável ou desfavoravelmente. ou procedente o objeto litigioso do processo”.

O juízo de admissibilidade é categoria pertencente à teoria geral do processo e relaciona-se com determinadas características da relação jurídica processual: a complexidade e o dinamismo. [...] A inadmissibilidade é invalidação do procedimento (ato jurídico complexo), a partir do reconhecimento de defeito que impede a apreciação daquilo que foi postulado (mérito), decisão essa que é o objeto do procedimento (objeto do ato final/conclusivo/típico). É, pois, sanção aplicável ao procedimento, que impede o magistrado de prosseguir o seu exame, enfrentando a questão de mérito posta para a sua decisão. [...] O procedimento, como ato-complexo (conjunto de atos), pode ser considerado inadmissível – e, portanto, obstaculizado o seu prosseguimento – por fatos que aconteçam durante o seu desenrolar, sem que isso retire do juízo de admissibilidade a característica de ser um juízo sobre a validade; basta que se saiba que apenas os atos posteriores ao fato superveniente poderão ser nulificados, não os anteriores, que, praticados regularmente, não podem ser invalidados<sup>80.81.82</sup>.

Vale destacar outra passagem de José Frederico Marques (1967, p. 226):

O despacho saneador é ato decisório não terminativo do processo, mas com o caráter de sentença interlocutória mista. José Alberto dos reis ensina que o despacho saneador “separou o *juízo de forma*, digamos assim, do *juízo de mérito*”. Obrigando o juiz a proferir, após a contestação, “uma verdadeira *sentença de forma*”, deixa o Código, para a sentença final, “apenas as questões de *fundo*, isto é, as questões relativas ao mérito da causa”. Como expressão do juízo de admissibilidade, o despacho saneador é uma sentença de conteúdo processual, destinada a resolver todas as questões suscitadas ou suscetíveis que digam respeito à regularidade da instância e às condições da ação. Nêle não se decidem problemas pertinentes ao *meritum causae*, pelo que exclusivamente formal é o *thema decidendum* dêsse ato jurisdicional decisório.

Antes de analisar o mérito, portanto, deverá o magistrado verificar a presença dos requisitos de admissibilidade, os pressupostos processuais e as condições da ação<sup>83</sup>:

<sup>80</sup> Com relação às causas de inadmissibilidade, devem ser contemporâneas à prática do ato. O defeito pode estar no próprio ato ou ser anterior, jamais será posterior. Perpassado o juízo de admissibilidade, ainda é possível haver a decretação de inadmissibilidade do procedimento por defeitos em alguns atos que o compõe, já que a validade do ato-complexo procedimento pode ser analisada durante toda a sua execução, em cada um de seu ato jurídicos, do primeiro ao último. A invalidação de qualquer um desses atos teria o condão de impedir a validação dos supervenientes, principalmente o ato final, que, pela regra da causalidade normativa invalida todo o procedimento. Como visto os atos anteriores ao inválido não são afetados por este, razão pela qual o ato postulatório, originador do ato-complexo procedimento, já declarado válido pelo prolatado juízo de admissibilidade, não será atingido, inclusive por já ter sido executado.

<sup>81</sup> Se o juízo de admissibilidade é pertencente à teoria geral do processo, e, pois, ao regramento geral das nulidades<sup>81</sup>, decorre que essas sanções devem ser decretadas em regime de exceção, apenas quando verificados cumulados os pressupostos “defeito” e “prejuízo”. Assim, somente em caso de impossível aproveitamento de um ato do procedimento haver-se-á de decretá-lo nulo<sup>81-81</sup>, buscando-se sempre, o juiz, salvar atos já praticados e corrigir defeitos processuais, em suma, deverá fazer o máximo para que o mérito da demanda seja julgado. Trata-se de aplicação do princípio da cooperação, que implica a atuação colaboradora ativa do magistrado sobre o processo, com notório intuito de dificultar a decretação de nulidades processuais, visando sempre a declaração da validade do juízo de admissibilidade (recomenda-se a leitura dos dispositivos 244 e 250 do Código de Processo Civil). Deste ensejo surge uma peculiaridade em relação às condições da ação que, posto pertencentes ao juízo de admissibilidade da demanda, são por natureza vícios insanáveis. A isso se deve, principalmente, por atingirem o objeto litigioso do processo.

<sup>82</sup> Outra decorrência da aplicação do sistema de invalidades do Código de Processo Civil ao juízo de admissibilidade é a aplicação do § 2º do artigo 249 do Código de Processo Civil: “O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados. [...] Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta” (BRASIL, 1973). Isso quer dizer que é possível o julgamento do mérito da demanda, não obstante a existência de determinados defeitos procedimentais, como alguns dos requisitos processuais.

<sup>83</sup> Sobre o momento adequado para apreciação das condições da ação, ensina Donaldo Armelin (1979, p. 152-153): “A oportunidade normal para o exame da legitimidade das partes é, pois, a fase de saneamento do processo, após a manifestação do réu, ou, na ausência desta, por ocasião do julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC), se da revelia daquele resultar essa implicação. [...] sob o ângulo cronológico, o sistema processual vigente comporta reconhecimento liminar e final da presença ou ausência de legitimidade, momentos excepcionais para tanto, além de um momento normal, intermediário, que se insere na fase de saneamento do processo”. Entende, Barbosa Moreira (2010, p. 52), ser a decisão a teor do saneamento do processo uma decisão interlocutória: “Contêm-se na decisão de saneamento: a) um *juízo positivo de admissibilidade* relativamente à ação, no sentido de que o órgão judicial, quer examinando preliminares arguidas pelo réu, quer conhecendo *ex officio* da matéria – o que só não lhe é lícito fazer quanto à existência de compromisso arbitral (art. 301, § 4º, não alterado pela Lei nº 9.307) –, admite a concorrência das condições da ação que tornam legítimo o respectivo exercício; b) um *juízo positivo de validade do processo*, quer por haver-se ele constituído e desenvolvido sem vícios, quer por terem sido oportunamente sanados (art. 327, 2ª

Podemos dizer que o juiz, antes de conhecer e julgar o mérito, necessariamente deverá verificar se a relação jurídica processual instaurou-se e desenvolveu-se regularmente (pressupostos processuais), e se a ação foi exercida regularmente diante do caso concreto (condições da ação), ainda que decida a respeito destas questões somente na sentença, como costuma acontecer. Tais questões são, portanto, questões preliminares em relação à questão de mérito. Os pressupostos processuais e as condições da ação formam o juízo de admissibilidade no processo, para que se passe, posteriormente, ao juízo de mérito, quando o juiz conhecerá e julgará a lide. [...] Assim, são três ordens de matérias a serem apreciadas pelo juiz: uma que diz respeito ao processo – os pressupostos processuais; outra relativa à ação – as condições da ação; e uma outra que corresponde ao mérito – a lide. (FREIRE, 1999. P. 57/59)<sup>84</sup>.

Assim, verificadas existentes quaisquer das causas enumeradas no artigo 267 do Código de Processo Civil, constatada está a impossibilidade de examinar o mérito da demanda, devendo o processo ser extinto (artigo 329 do Código de Processo Civil<sup>85</sup>) – trata-se das decisões terminativas ou processuais. As condições da ação aparecem no rol do artigo 267 do Código de Processo Civil primeiro como hipóteses de indeferimento da inicial (inciso I) e, depois, “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (inciso VI)<sup>86</sup>. Importante destacar que só há indeferimento antes da ouvida do réu; após a citação haver-se-á o juiz de extinguir o processo por outro motivo, ainda que as causas sejam correlatas: por exemplo, a inépcia da inicial antes fundada na hipótese de indeferimento do artigo 295 do Código de Processo Civil<sup>87</sup>, após a citação do réu deverá suscitar a extinção do processo com base no inciso IV do artigo 267 do Código de Processo Civil<sup>88</sup>.

Situação semelhante ocorre com as condições da ação. A impossibilidade jurídica do pedido é hipótese de inépcia da inicial nos termos do inciso III do parágrafo único do

---

parte; cf. *supra*, § 5º, nº II, 3) os que existiam, quer ainda porque os porventura existentes sejam irrelevantes à luz das regras insculpidas nos arts. 243 e segs. Trata-se, pois, de verdadeira *decisão interlocutória*, em que o juiz resolve questões incidentes (art. 162, § 2º)”. Por fim, leciona Candido Rangel Dinamarco (2001, p. 142-143): “[...] o Código de Processo Civil pretendeu estabelecer um momento adequado e provavelmente exclusivo para o juiz verificar se estão presentes os pressupostos da sentença de mérito, extinguindo o processo à falta de algum deles ou determinando providências corretivas. Na concepção do legislador, a oportunidade adequada seria a *fase ordinatória* do procedimento ordinário, que tem início logo depois que as partes hajam deduzido suas pretensões na petição inicial ou na peça de resistência a ela (resposta do réu) e acaba na *audiência preliminar* a realizar-se antes do início da fase de instrução processual [...] Proposta a demanda inicial, citado o réu, colhida sua resposta e eventual réplica do autor, cumprida estará a fase *postulatória*; nesse momento é que, ingressando na fase *ordinatória*, o juiz faria a verificação, parecendo que o Código não pretendia que ela fosse feita antes nem depois (art. 329). A idéia de concentrar as atividades fiscalizadoras do processo é reflexo da teoria portuguesa do *despacho saneador*, de muito prestígio no Brasil e presente em dois Códigos nacionais (1939 e 1973). [...]”.

<sup>84</sup> Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 62), porém, faz importante e conveniente ressalva: “No mesmo sentido, Alfredo Buzaid afirma que, ‘do ponto de vista metodológico, o juiz deve começar pela análise dos pressupostos processuais, a fim de verificar se a relação se constituiu e se desenvolveu regularmente. Superada esta fase, examinará se ocorrem os requisitos de admissibilidade da ação. Isto posto, ingressará afinal no mérito da causa, declarando se procede ou não o pedido que lhe foi formulado’. Mas conclui com uma advertência: ‘Esta ordem lógica de apresentação das questões é puramente hipotética, porque não há entre elas uma separação cronológica, de forma que uma precede necessariamente à outra. Na prática, podem elas surgir simultaneamente, ou em ordem inversa.’” (FREIRE, 1999, p. 62).

<sup>85</sup> “Art. 329. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, II a V, o juiz declarará extinto o processo.” (BRASIL, 1973).

<sup>86</sup> (BRASIL, 1973)

<sup>87</sup> Art. 295. A petição inicial será indeferida: I - quando for inepta; [...]Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; III - o pedido for juridicamente impossível; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si. (BRASIL, 1973).

<sup>88</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; [...]. (BRASIL, 1973).

artigo 295 do Código De Processo Civil<sup>89</sup>. A legitimidade *ad causam* e a ausência de interesse processual são as hipóteses de indeferimento da inicial dos incisos II e III do artigo 295 do Código de Processo Civil<sup>90</sup>:

Deve-se observar, entretanto, que o art. 3.º do CPC refere-se apenas ao interesse e à legitimidade, enquanto o art. 295 confere tratamento diferenciado à possibilidade jurídica do pedido, pois a sua ausência implicará a inépcia da petição inicial (art. 295, parágrafo único, III), enquanto o não preenchimento das demais condições da ação importará o indeferimento da petição inicial, mas não caracteriza sua inépcia (art. 295, *caput*, II e III). Entretanto, a consequência prática da ausência de qualquer condição da ação será a mesma: o indeferimento da petição inicial (art. 295, *caput*). (FREIRE, 1999, p. 124).

Após o juízo de admissibilidade e citação do réu, a ausência de qualquer das condições da ação é vício que pode resultar na extinção do processo com base no inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil. Curioso é que o juízo de inadmissibilidade, posto que decisão, assim como qualquer juízo de mérito, apenas com objeto diferente, não impede a repropositura de idêntica demanda, por força do artigo 268 do Código de Processo Civil<sup>91</sup> - desde que comprovado o pagamento ou o depósito das custas e dos honorários de advogado.

De todo modo, a sentença de carência da ação, seja no caso de indeferimento de da inicial ou extinção do processo com base no inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil, não fica acobertada pela imutabilidade da coisa julgada material, justamente por não ser decisão de mérito. Decorre do sistema processual que as condições da ação sejam questões prévias ou subordinadas ao exame de mérito, influenciando este juízo de modo a possibilitar ou não seu exercício, por isso classificadas como preliminares<sup>92</sup>.

Como alguns requisitos de admissibilidade podem se referir a cada procedimento incidente/recursal que componha a estrutura da relação jurídica processual, vale ressaltar, as condições da ação é requisito de admissibilidade do procedimento principal, cuja falta

<sup>89</sup> Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: [...] III - o pedido for juridicamente impossível; [...]. (BRASIL, 1973).

<sup>90</sup> Art. 295. A petição inicial será indeferida: [...] II - quando a parte for manifestamente ilegítima; III - quando o autor carecer de interesse processual; [...]. (BRASIL, 1973).

<sup>91</sup> Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. Parágrafo único. Se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no nº III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito. (BRASIL, 1973).

<sup>92</sup> José Carlos Barbosa Moreira identifica três tipos de questões preliminares: "(a) preliminares ao conhecimento do exame do mérito (pressupostos processuais e condições da ação) são questões preliminares, na medida em que, a depender da solução que se lhes dê, podem impedir o exame do objeto litigioso do processo. Estas preliminares são questões processuais. (b) Preliminares de recurso: "... questões de cuja solução depende a possibilidade de julgar-se o mérito da impugnação...". São preliminares de recurso todos os seus requisitos de admissibilidade: cabimento, legitimidade, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, tempestividade, regularidade formal e preparo. (c) Preliminares de mérito: "...as questões já situadas no âmbito do *meritum causae*, mas suscetíveis, se resolvidas em certo sentido, de dispensar o órgão julgador de prosseguir em sua atividade cognitiva (v.g., a questão da prescrição).". (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 69). A questão prejudicial, de outra banda, prossegue Fredie Didier Júnior é aquela cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento. Divide-a em interna, quando surge no mesmo processo em que está a questão subordinada, e externa, quando está sendo discutida em outro processo, e, ainda, homogênea quando integrante do mesmo ramo do direito da questão subordinada e heterogênea quando pertencente as questões a ramos distintos do direito. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 96-70)

compromete todo o processo. Nada obstante, as condições da ação podem ser requisitos de admissibilidade de um dado procedimento, porém, de mérito em relação a outro. Exemplificar Fredie Didier Júnior (2005, p. 75-76): “A ‘legitimidade *ad causam*’ é uma condição da ação – questão de admissibilidade, pois – mas pode ser questão de mérito de um recurso em que se discuta a ilegitimidade de uma das partes.”. Assim, uma condição da ação que é mérito de um recurso, ou qualquer outro pressuposto processual que o seja de um procedimento principal, sua análise estará apta a ficar imune pela coisa julgada material. Nada impede, por fim, que o mérito de um procedimento seja composto exclusivamente de questões processuais.<sup>93</sup>

Segundo inteligência do § 3º do artigo 273 do Código de Processo Civil<sup>94</sup>, as condições da ação é matéria a ser conhecida de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição enquanto não proferida sentença de mérito. Trata-se de matéria de ordem pública<sup>95</sup>. Isso quer dizer que as condições da ação e demais questões de admissibilidade do processo podem ser aferíveis a qualquer tempo e grau de jurisdição, e não, todavia, que não haja preclusão em torno destas decisões, sobretudo em relação ao despacho saneador. É possível que em razões de fatos supervenientes se perca requisitos de admissibilidade antes preenchidos, ou, ao contrário, se os adquira no decorrer do trâmite<sup>96-97</sup>. O que se defende é que “Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 87). E continua:

A preclusão aqui defendida obviamente não se opera tendo em vista fato superveniente. Conforme já se disse, é possível que, por fato superveniente, deixe de existir um requisito de admissibilidade do processo (exemplo: incompetência absoluta superveniente e perda da capacidade processual). Exatamente por trata-se de fato superveniente, a anterior decisão que reconheceu a regularidade do processo não lhe diz respeito, impondo-se nova decisão, que terá outro objeto: a questão nova. Não se deve confundir a possibilidade de controle a qualquer tempo da regularidade do processo com a inexistência de preclusão a respeito. A confusão é parecida com aquele que se faz em relação à coisa julgada da sentença de alimentos: porque fatos supervenientes podem alterar a realidade sobre que incidiu a primeira sentença, nova decisão deve ser proferida, que cuide desta nova realidade. Isso não retira a

<sup>93</sup> Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2005, p. 75-76).

<sup>94</sup> Art. 267. [...] § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento. (BRASIL, 1973).

<sup>95</sup> A apreciação de ofício reportada no texto legal não se limita ao primeiro grau de jurisdição, não obstante à redação legal referir-se à “sentença” de mérito – evidentemente utilizada em sentido amplo. Logo, a matéria pertinente às condições da ação “é sempre apreciável independentemente de provocação das partes, pelo órgão judicante, enquanto o conhecimento da causa competente lhe estiver adstrito, concretamente” (ARMELIN, 1979, p. 150).

<sup>96</sup> É o que dispõe o artigo 462 do Código de Processo Civil: “Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.” (BRASIL, 1973).

<sup>97</sup> Completa Donaldo Armelin (1979, p. 97/157): “[...] na cronologia do processo, a legitimidade *quantum satis*, admissível por ocasião do despacho da inicial, onde ocorre um exame preliminar das condições de admissibilidade da ação e dos pressupostos processuais, pode desaparecer em face de outros elementos posteriores aportados pelo réu, que a eliminem, assim como pode persistir, muito embora o direito questionado tenha sua titularidade transferida a terceiro, impedido de ingressar na lide por oposição ao réu. Nem por isso uma legitimidade conectada a um direito discutível, que se transforma de ordinária em extraordinária, deixa de atuar com base em uma situação criada e transformada no processo, se aquele direito inexistir.[...] Da mesma forma, a ilegitimidade existente, enquanto não reconhecida de forma definitiva, pode ser superada por fatos novos que suprimam a lacuna anterior, implementando a condição faltante.”



força da coisa julgada material, que indiscutivelmente recaiu sobre a primeira decisão. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 87-88).<sup>98.99.100</sup>

Para LIEBMAN (1985, p. 154), “é suficiente que as condições da ação, eventualmente inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida”. Outra importante decorrência do parágrafo 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil é a não exigência de iniciativa das partes para suscitar a matéria atinente às condições da ação – sem, portanto, as limitações cognitivas para o magistrado impostas no artigo 128 do Código de Processo Civil<sup>101</sup> -, apenas respondendo a parte, em caso de não alegação na primeira oportunidade possível, “pelas custas de retardamento” (BRASIL, 1973)<sup>102</sup>.

Muito se discutiu sobre a possibilidade de análise oficiosa das condições da ação pelo Juízo *ad quem*, quando a matéria não integrasse as razões recursais. Diante do efeito translativo dos recursos – que determina a amplitude do objeto do conhecimento no procedimento recursal -, tem-se como possível esse conhecimento *ex officio* pelo órgão *ad quem*, mesmo nos casos em que exigido o prequestionamento para os recursos extraordinário e especial. Isso porque o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça poderão analisar todas as matérias que não foram examinadas na instância *a quo*, em decorrência de o prequestionamento dizer respeito apenas ao juízo de admissibilidade recursal. Passado esse

<sup>98</sup> Em sentido semelhante, Barbosa Moreira (2010, p. 53): “A decisão de saneamento produz preclusão: *a*) de todas as questões decididas, *ex officio* ou mediante provocação da parte, pelo juiz, com ressalva da possibilidade, que sempre lhe fica, de determinar a realização de prova indeferida mas que lhe venha a parecer, mais tarde, necessária à instrução do feito (art. 130); e também *b*) das questões não decididas – desde que antes suscitadas ou simplesmente suscetíveis, ou apreciáveis de ofício – cuja solução cabia na decisão de saneamento, excetuadas apenas aquelas que, à luz de regra legal específica ou do sistema do Código, possam ser resolvidas posteriormente: assim, v.g., a da incompetência absoluta (art. 113, *caput*), a relativa a alguma nulidade que a parte prove não ter alegado antes em virtude de “legítimo impedimento” (art. 245, parágrafo único, *fine*). A preclusão não significa, no caso da letra *b*, que as questões devam considerar-se, por inútil ficção jurídica, “implicitamente decididas”, como às vezes se afirma: significa, sempre e apenas, que daí em diante *já não é possível apreciá-las*. A eficácia preclusiva da decisão de saneamento opera desde o momento em que esta se torne irreversível, pelo decurso *in albis* do prazo ou por qualquer outra causa; ou então, se contra ela se interpuser recurso admissível (agravo: 552), desde o trânsito em julgado do acórdão *ad quem*.” Em outra óptica, preceitua Donaldo Armelin (1979, p. 156): Portanto, no que tange ao exame da legitimidade *ad causam*, até a sentença de mérito dever-se-á efetuar, de ofício ou mediante provocação da parte; mas, se efetuada e constatada a legitimidade antes dessa sentença, nada impede que, por ocasião desta, o julgador reveja a questão, extinguindo o processo extamente por falta dessa condição da ação, mesmo que a parte, que viu a sua alegação de ilegitimidade repelida, não tenha agravado contra tal decisão. Da mesma forma, o tribunal que, decidindo agravo de instrumento, reconheceu a existência de legitimidade *ad causam* em tal processo, não estará adstrito a manter essa decisão, quando do exame da apelação relativa à sentença de mérito. Isto porque dentro do mesmo grau de jurisdição inexistente preclusão no que concerne ao exame das condições da ação. Aliás, tal preclusão inexistente mesmo em grau de jurisdição diferente, ocorrendo tão-somente a prevalência de uma obrigação oriunda de órgão hierarquicamente superior sobre a emergente de outro, inferir na escala hierárquica. Vale atestar, por fim, o entendimento de Candido Rangel Dinamarco (2001, p. 144): “[...] essa matéria [juízo de admissibilidade] é insuscetível a preclusões, justamente porque inerente à ordem pública e o Estado nega-se de modo absoluto a outorgar a tutela jurisdicional sem a implementação de tais pressupostos [...]”.

<sup>99</sup> O Supremo Tribunal Federal apresenta posições diversas sobre o assunto. Colhem-se os seguintes precedentes: (BRASIL - STF - ADI: 1.063/DF - Tribunal Pleno - Relator Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento em 18.05.1994 - DJ 27-04-2001, p. 00056) e (BRASIL - STF - MS 22.487/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento em 01.08.2001, DJ em 14.08.2001, p. 00236).

<sup>100</sup> Anote-se que o Superior Tribunal de Justiça já proferiu entendimentos contrários ao que aqui se defende. Nesse sentido: (BRASIL - STJ - REsp 664.978/RS - Ministro Relator Eliana Calmon - Data de Julgamento em 14.06.2005 - DJ 20.02.2006, p. 196) e (BRASIL - STJ - REsp 505.303/SC - Relator Ministro Luiz Fux - Data de Julgamento em 25.11.2003, DJ em 19.12.2003, p. 339). Neste último, entendeu-se pela impossibilidade da perda de legitimidade extraordinária *ad causam* superveniente.

<sup>101</sup> “Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.” (BRASIL, 1973).

<sup>102</sup> Extraído do parágrafo 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil.

requisito, com o juízo positivo de admissibilidade recursal, a jurisdição das instâncias extraordinárias é aberta.<sup>103-104-105</sup>

Por último, é possível que haja necessidade de produção de provas a constatação da regularidade do exercício da ação, pois, como mencionado por Liebman (1985, p. 154) é possível que as condições da ação sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento do julgamento. Cumpre, no momento, apenas introduzir as duas correntes doutrinárias a teor da produção de provas para constatação das condições da ação, quais sejam a teoria da asserção (prospecção) e da apreciação (exposição), pois, serão mais úteis no terceiro e último capítulo do presente. Traça os parâmetros de cada doutrina, Alexandre Freitas Câmara (2012, p. 127-128):

Divide-se a doutrina, sobre o tema, em duas grandes correntes. Uma primeira, liderado por Liebman, e que conta com a adesão, entre outros, de Dinamarco e de

<sup>103</sup> Afirma Fredie Didier Júnior (2005, p. 80-81): “A solução do problema passa pelo correto entendimento sobre o enunciado n. 456 da Súmula da jurisprudência predominante do STF: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito a espécie”. [...] É como afirma Barbosa Moreira: “Note-se que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê a *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-se à espécie, isto é, julga ‘a causa’...”. No mesmo sentido, Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 137) e Donaldo Armelin (1979, p. 150-151): “Na hipótese de recurso extraordinário, a Súmula 292 da jurisprudência dominante do Excelso pretório enseja a conclusão de que a questão legitimidade, embora não tenha sido o fundamento da admissibilidade do apelo extremo, pode ser conhecida por aquele Tribunal, desde que em si tenha-se constituído em um fundamento da admissibilidade do recurso. Todavia, o art. 307 do Regimento Interno do STF, como remarca Moniz de Aragão, comporta um entendimento mais amplo, tangente à apreciação da existência de legitimidade, por ocasião do julgamento do recurso já admitido, pois a aplicação do *direito à espécie* pressupõe o exame dos pressupostos processuais e das condições da ação.”. Em sentido contrário, prescreve Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 145): “*Em qualquer tempo ou grau de jurisdição* não significa que também em sede de recurso especial ou extraordinário ainda subsista sempre a ampla e incondicionada possibilidade de verificar os pressupostos indicados no § 3º do art. 267. Sem o *prequestionamento*, tal matéria não é suscetível de conhecimento naquelas sedes processuais.”.<sup>39</sup>

<sup>104</sup> Nesse sentido, vale a transcrição de precedente do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O NÃO ENFRENTAMENTO DESSAS QUESTÕES CONDUZ A UM JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA. 1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem. 2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ). 3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. 4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa. 5. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental.” (BRASIL – STJ – 1ª TURMA – REsp 609.144/SC – Relator Ministro Teori Albino Zavascki – Julgamento em 17.06.2004), bem como importante julgado do Supremo Tribunal Federal: I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido. II. Recurso extraordinário: letra a: alteração da tradicional orientação jurisprudencial do STF, segundo a qual só se conhece do RE, a, se for para dar-lhe provimento: distinção necessária entre o juízo de admissibilidade do RE, a - para o qual é suficiente que o recorrente alegue adequadamente a contrariedade pelo acórdão recorrido de dispositivos da Constituição nele prequestionados - e o juízo de mérito, que envolve a verificação da compatibilidade ou não entre a decisão recorrida e a Constituição, ainda que sob prisma diverso daquele em que se hajam baseado o Tribunal a quo e o recurso extraordinário. III. Irredutibilidade de vencimentos: garantia constitucional que é modalidade qualificada da proteção ao direito adquirido, na medida em que a sua incidência pressupõe a licitude da aquisição do direito a determinada remuneração. IV. Irredutibilidade de vencimentos: violação por lei cuja aplicação implicaria reduzir vencimentos já reajustados conforme a legislação anterior incidente na data a partir da qual se prescreveu a aplicabilidade retroativa da lei nova.” (BRASIL – STF – TRIBUNAL PLENO – Ministro Relator Sepúlveda Pertence - RE 298.694/SP – Data de Julgamento em 06.08.2003).

<sup>105</sup> Em sentido contrário: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. ed 6. São Paulo: RT, 2002, p. 595.

Oreste Nestor Souza Laspro, considera que a presença das “condições da ação” deve ser demonstrada, cabendo inclusive, produzir provas para convencer o juiz de que as mesmas estão presentes. De outro lado, uma segunda teoria, chamada “teoria da asserção” ou da *prospettazione*, segundo a qual a verificação da presença das “condições da ação” se dá à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo *in status assertionis*, isto é, à vista do que se afirmou. Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação. Defendem esta teoria, entre outros, *Barbosa Moreira* e *Watanabe*. Na mais moderna doutrina estrangeira, encontra-se adesão a esta teoria em *Elio Fazzalari*.

Para a teoria da apreciação sempre haverá uma decisão terminativa em se constatada a ausência de uma das condições da ação, enquanto que para a teoria da asserção, caso positivo o juízo de admissibilidade da ação, verificado hipoteticamente (*in statu assertionis*), todas as decisões posteriores seriam julgamentos de mérito, inclusive as próprias condições da ação. A aplicação literal do § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil guarda complicações, sobretudo em vista da dificuldade – o que para nós poderia se chamar de perfeita impossibilidade - em separar as condições da ação do mérito da causa, razão pela qual a teoria da asserção mostra-se hermeneuticamente mais plausível, inclusive, majoritariamente aceita na doutrina<sup>106</sup> e jurisprudência<sup>107</sup>, além do mais, em sintonia com a teoria de Liebman, adotada pelo Código de Processo Civil. As duas teorias, porém, serão desconstituídas.

<sup>106</sup> Sobre a teoria da asserção, Fredie Didier Júnior (2010, p. 201): “Essa concepção vem ganhando fôlego e adeptos: Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe, Flávio Luiz Yarshell, Leonardo Greco, José Carlos Barbosa Moreira, José Roberto dos Santos Bedaque, Sérgio Cruz Arenhart, Leonardo José Carneiro da Cunha, Araken de Assis, Luiz Guilherme Marinoni etc. Cândido Dinamarco, no entanto, fiel defensor da concepção tradicional sobre as condições da ação, reservou um item das suas “*Instituições*” somente para rebater os argumentos que firmam a teoria da asserção (rubricou-o de “repúdio à teoria da asserção”). Esse entendimento será, como dito, retomado posteriormente.

<sup>107</sup> Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. TEORIA DA ASSERÇÃO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgador decide de modo claro e objetivo na medida da pretensão deduzida, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente. 2. Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. 3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto. 4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. 5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica. 6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir. 7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível. 8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial. Recurso especial improvido. (BRASIL - STJ - 2ª TURMA - REsp: 879.188/RS - Relator Ministro Humberto Martins - Data de Julgamento em 21.05.2009 - DJ em 02.06.2009). Ainda: “BRASIL - STJ - 3ª Turma - REsp: 1125128/RJ - Ministra Relatora Nancy Andrighi - Data de Julgamento em 11/09/2012 - DJ em 18.09.2012 e BRASIL - STJ - AgRg no AREsp 237.179/MG - 3ª TURMA - Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva - Data de Julgamento em 07.03.2013 - DJ em 13.03.2013.”



## 2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Uma leitura monos atenta do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil poderia sugerir, em sua literalidade, a existência de outras condições da ação além das três enumeradas. Prescreve o enunciado que o processo será extinto sem julgamento de mérito “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (BRASIL, 1973). Frente à exposição legal, a doutrina sempre procurou identificar outras condicionantes, seja em procedimentos específicos<sup>108</sup>, seja da interpretação hermenêutica de outras questões de admissibilidade, como os pressupostos processuais negativos<sup>109</sup>. O próprio precursor da teoria eclética enunciou outras condições da ação, como também o fez o ilustre José Ignácio Botelho de Mesquita, a saber:

[...] O próprio Liebman enumera outras condições mais específicas, sem o implemento das quais ocorre a carência do direito de ação, tais como a ausência de jurisdição estatal face a um processo envolvendo um réu estrangeiro, a ausência de jurisdição em face da Administração Pública, a proibição do ajuizamento da ação reivindicatória enquanto pendente a possessória (art. 705 do CPC italiano, ao qual correspondente o art. 923 do vigente CPC brasileiro) e outras. [...] Recentemente, José Ignácio Botelho de Mesquita, em valiosa monografia, arrolou entre as condições de admissibilidade da ação, além da legitimidade das partes e do interesse de agir, a existência, na lei processual, da espécie de atividade jurisdicional pretendida pelo autor, a notificação para a constituição do promitente comprador em mora, na ação de rescisão de compromisso de compra e venda, a existência de contrato de locação comercial com prazo não inferior a cinco anos, na ação renovatória, a existência de título vencido e não pago, nas ações de execução, a existência de sentença condenatória executável nas mesmas. (ARMELIN, 1979, p. 38).<sup>110-111</sup>

<sup>108</sup> Quanto a esses, remete-se à leitura do tópico destinado ao interesse de agir, em que se sanará qualquer confusão entre a condicionante e os requisitos específicos de determinados procedimentos, como, por exemplo, o direito líquido e certo no mandado de segurança e o título executivo na ação executiva.

<sup>109</sup> Nessa linha, entendem os pressupostos processuais negativos como verdadeiras condições da ação Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre os pressupostos processuais. Temas de Direito Processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989) e Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. As Condições da Ação Penal (uma tentativa de revisão). São Paulo: José Bushatsky, 1977). Sobre o assunto, pronunciou-se Donaldo Armelin (1979, p. 43): “Estes [pressupostos processuais negativos], de modo geral, constituem uma vedação definitiva (coisa julgada, litispendência e perempção) ou temporária (prejudicialidade) à atuação da jurisdição relativamente a um pedido veiculado através do exercício do direito de ação. Ora, a duplicidade de processos relativamente ao mesmo pedido importa na inutilidade do segundo, mesmo que pendente o primeiro, o que denota a manifesta e objetiva carência de interesse para agir do autor. Por outro lado, a pena correspondente à perempção, que é uma sanção à desídia e inércia reiteradas do autor no processo, prevista no art. 268 do vigente CPC, importa em verdadeira proibição que exaure a legitimidade, embora apenas a do autor, para a propositura de nova ação versante sobre o mesmo objeto das anteriormente ajuizadas. Finalmente, a existência da prejudicialidade decorrente da pendência de outra paralisa temporariamente ao autor o interesse de agir, em face da instabilidade objetiva da atuação da jurisdição *in casu*. Portanto, pelo menos os três primeiros pressupostos processuais negativos supra-arrolados melhor se encartariam nas categorias genéricas de condições da ação acima explicitadas, antes de afetarem a existência ou formação validade do processo, atingem, no que tange a um caso específico, o direito de ação como tal considerado neste trabalho, tornando ineficaz o resultado do processo.”

<sup>110</sup> Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 66) enumera outras condições da ação esposadas por Liebman: “Liebman também já se expressou favoravelmente à adoção de um quarto grupo de condições da ação, consistente na ausência de fatos extintivos da ação, como a coisa julgada e a perempção da ação consequente a três absolvições da instância, e de fatos suspensivos da ação, como o *beneficium excussionis*.”

<sup>111</sup> Donaldo Armelin posiciona-se em relação ao rol de condições da ação, excluindo a possibilidade jurídica do pedido: “De qualquer forma, porém, numa tomada de posição a respeito das condições de admissibilidade da ação, opina-se, no plano exclusivamente científico, no sentido da existência de tão-somente duas condições genéricas no processo de conhecimento: a legitimidade das partes e o interesse para

Não é a posição que adotamos. “Não há três condições da ação por acaso” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 290). Se a demanda veicula ao menos uma relação jurídica, que se compõe de três elementos, os sujeitos, o fato e o objeto, os quais correspondem, deveras, aos três elementos da demanda - partes, causa de pedir e pedido -, por certo as condições da ação referem-se aos três elementos da relação jurídica deduzida e, evidentemente, também às elementares da demanda. Com efeito, as condições da ação necessitam ser analisadas em qualquer relação jurídica material, mesmo que não estejam previstas no ordenamento; ou seja, somente haveria de uma quarta condição da ação se fosse descoberto outro elemento da relação jurídica.<sup>112</sup>

## 2.1 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

A possibilidade jurídica do pedido foi expurgada da categoria jurídica condições da ação na terceira edição do *Manuale* de Liebman, sobretudo frente à legalização do divórcio na Itália em 1970, principal pedido juridicamente impossível. Advinda da concepção chiovendiana sobre as condições da ação<sup>113</sup>, a possibilidade jurídica do pedido de Liebman constituía-se da possibilidade de o juiz, dentre a ordem jurídica a qual pertence, pronunciar a espécie de decisão pedida pelo autor<sup>114</sup>. Após a terceira edição de seu *Manuale*, passou-se a dizer “que faltaria interesse de agir quando o provimento não pudesse ser proferido porque não admitido pela lei.” (MARINONI, 1996, p. 206-207).

Para Arruda Alvim Neto (1975, p. 317-318), a possibilidade jurídica é instituto processual e significa que ninguém pode intentar uma ação, sem que peça uma providência que esteja, em tese (abstratamente), prevista no ordenamento jurídico, seja expressa, seja implicitamente. Este requisito, da previsão em abstrato, é exclusivamente processual e nada tem de direito material, quando considerado como requisito. Adota-se, porém, conceituação diversa da simples previsão em abstrato no ordenamento jurídico da pretensão deduzida pela parte, pois a possibilidade jurídica “não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à

---

agir. A possibilidade jurídica do pedido no plano exclusivamente doutrinário, como se verá mais adiante, ou constitui matéria de mérito, ou pode ser reduzida às duas precitadas condições. (ARMELIN, 1979, p. 40).

<sup>112</sup> Nessa linha, Fredie Didier Júnior (2005, p. 290-291).

<sup>113</sup> “Em substituição à categoria denominada por Chiovenda “existência do direito” (que era fiel à teoria concreta do direito de ação), também considerada como condição da ação, criou Enrico Tullio Liebman a possibilidade jurídica do pedido, com a manifesta preocupação de extremá-la do mérito – talvez por isso se tenha utilizado das palavras “possibilidade”, que denota aquilo que pode ser, e não aquilo que necessariamente é/será.” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 222).

<sup>114</sup> Nesse sentido, Liebman (19276, p. 124-125).

inexistência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vista à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável”. (ARAGÃO, 1995, p. 394), sob pena de criar bloqueios ao *leading case*, conforme explica Donaldo Armelin (1979, p. 50):

Isto porque, conforme ensina Kelsen “a norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual”. Sendo teoricamente possível e praticamente constatável a existência de decisões judiciais imutáveis, porque cobertas pela coisa julgada material, contrárias a textos expressos de lei, e, inclusive, da Lei Maior. Consequentemente, a admissibilidade do pedido não pode ser confundida com a inexistência de norma jurídica prevendo seu acolhimento em tese, mas sim, com a inexistência da vedação expressa do sistema ao pedido formulado. [...] Realmente, repelir um pedido somente porque não está ele previsto no ordenamento jurídico, a pretexto de sua impossibilidade, parece um bloqueio inaceitável ao *leading case*, chumbando-se a atividade jurisdicional ao princípio do *stare decisis*.

As características da possibilidade jurídica do pedido decorrem, portanto, da inexistência de proibição expressa no ordenamento jurídico ao pedido formulado pela parte<sup>115</sup>. Importante notar que a possibilidade jurídica do pedido não está inclusa no artigo 3º do Código de Processo Civil ao tratar da ação, mas somente nos casos de inépcia da inicial (incisos II e III do parágrafo único, artigo 295 do Código de Processo Civil) e nas hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito, especificamente “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (BRASIL, 1973)<sup>116</sup>. A redação deste último dispositivo divide entendimentos quanto à extensão da “possibilidade jurídica”, se extensível à causa de pedir. Vale importar as consagradas exposições de Cândido Rangel Dinamarco, referindo-se à “impossibilidade jurídica da demanda”<sup>117</sup>:

O *petitum* é juridicamente impossível quando se choca com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto (pedir o desligamento de um Estado da Federação). A *causa petendi* gera a impossibilidade da demanda quando a ordem jurídica nega que os fatos como alegados pelo autor possam gerar direitos (pedir condenação com fundamento em dívida de jogo). As partes podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz. [...] Daí a insuficiência da locução impossibilidade jurídica do pedido, que se fixa exclusivamente na exclusão da tutela jurisdicional em virtude

<sup>115</sup> “É de se destacar posições divergentes das formas de configuração da possibilidade jurídica do pedido: “Uma delas sustenta que se estará, sempre, diante de pedido juridicamente impossível, quando o ordenamento jurídico contiver, ao menos em tese, em abstrato, portanto, previsão a respeito da providência requerida. Outra sustenta que haverá pedido juridicamente possível sempre que inexistir vedação expressa quanto àquilo que concretamente se está pedindo em juízo. No entanto, e ainda nessa linha de compreensão da questão, há autorizada doutrina demonstrando que é preciso mesclar as duas posições para se concluir que, em matéria de direito contidos na esfera do direito privado, é suficiente a inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo autor. Assim, ainda que inexistir previsão expressa na lei (norma material) quanto ao tipo de providência requerida, se proibição não houver, estar-se-ia diante de pedido juridicamente possível”. (WAMBIER; ALMEIDA, TALAMINI, 2002, p. 129-130).

<sup>116</sup> Inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil.

<sup>117</sup> (DINAMARCO, 1973, p. 384).

da peculiaridade de um dos elementos da demanda - o *petitum* – sem considerar os outros dois (partes e causa de pedir). (DINAMARCO, 2001, p. 298-299) <sup>118</sup>.

As lições de Dinamarco foram aceitas por Donaldo Armelin (1979, p. 51) <sup>119</sup>:

[...] no exame da possibilidade jurídica como condição da ação não se pode cingir ao pedido formulado pelo autor, devendo-se perquirir, também, a *causa petendi* que supedaneia tal pedido. A impossibilidade jurídica ocorre, portanto, quando o pedido é vedado pelo sistema jurídico e quando a *causa de pedir* envolve ilicitude, e, como tal, é proscriita pelo ordenamento jurídico. Quaisquer dessas circunstâncias isoladamente inviabilizam o pedido, e, pois, o exame do mérito, segundo a sistemática do vigente Código de Processo Civil. Acumulação de ambas potencializa a impossibilidade em causa. Assim, na esteirado entendimento de Cândido Rangel Dinamarco e Calmon de Passos, é de se concluir que o âmbito da chamada impossibilidade jurídica como condição da ação é mais amplo do que o normalmente adotado na doutrina.

Como já delineado na introdução deste capítulo, as condições da ação correspondem a cada um dos elementos da demanda, sendo que a possibilidade jurídica do pedido refere-se evidentemente ao pedido (ou objeto, sob o âmbito da relação jurídica deduzida em juízo) e o interesse de agir à causa de pedir (ou ao fato da relação substancial deduzida). De extrema coerência é a passagem de Alexandre Freitas Câmara:

É comum encontrar-se na doutrina esta ‘condição da ação’ designada por possibilidade jurídica do pedido. Esta designação, contudo, liga o presente requisito do provimento de mérito a apenas um dos elementos identificadores da demanda, o pedido (*petitum*), ou objeto. [...] Restaria, porém, o problema da causa de pedir (*causa petendi*), outro elemento objetivo de identificação das demandas. Pense-se, por exemplo, numa demanda em que se pede a condenação do réu ao pagamento de dívida de jogo. O pedido formulado pelo autor, de condenação do réu ao pagamento de certa quantia em dinheiro, é perfeitamente possível em nosso ordenamento. A vedação à cobrança das dívidas oriundas de jogo ou aposta é problema que não diz respeito ao pedido, mas à causa de pedir. (CÂMARA, 2006, p. 131-132).

Com argumento diverso, porém, também lembrando que causa de pedir e pedido são elementos distintos, posto que se relacionam na demanda, Rodrigo da Cunha Lima Freire também rechaça a inclusão da causa de pedir como elemento aferível à luz da possibilidade jurídica do pedido:

<sup>118</sup> Impende complementar a exposição. O autor explicita que a carência de possibilidade jurídica do pedido pode advir de algo situado tanto no pedido quanto na causa de pedir e, inclusive, por alguma especial condição da pessoa: “[...] permite que se compreenda por que às vezes é algo referindo-se à impossibilidade jurídica do pedido] referente ao próprio *petitum* que exclui a ação e impede o exercício consumado da jurisdição, outras vezes é algo situado na *causa petendi* (dívida de jogo), outras é alguma especial condição da pessoa (não se faz execução contra pessoa jurídica de direito público)”. (DINAMARCO, 1973, p. 384). No mesmo sentido: “[...] dizendo-se que há impossibilidade jurídica quando o Estado, sem levar em conta as características peculiares da situação jurídica concreta, nega aprioristicamente o poder de ação ao particular, seja tendo em vista a natureza do pedido ou da *causa petendi*, seja em consideração às prerrogativas de uma das partes”. (DINAMARCO, 1973, p. 139).

<sup>119</sup> Donaldo Armelin ressalva que o conceito de impossibilidade jurídica, abrangente também na causa de pedir da demanda, não alcança a inviabilidade da via judicial, “ou seja, a vedação do judiciário de se manifestar acerca do pedido do autor. Se este é dirigido ao Poder Judiciário, que, conforme o sistema jurídico, não tem atribuições para a prática do ato reclamado, em verdade inócorre a possibilidade jurídica do pedido, mas, sim, manifesta falta de interesse processual do autor, pois, ainda, que o Judiciário se pronunciasse sobre esse pedido, tal pronunciamento seria ineficaz, por falta de legitimidade desse Poder, o que tornaria totalmente inútil a sua intervenção. [...] A possibilidade jurídica é requisito objetivo que não pode ser medido em termos de atribuições do órgão para o qual é dirigido, mas, sim, em função de compatibilidade do pedido com o sistema jurídico, no que tange à sua disciplina jurídica própria e àquela pertinente à sua *causa petendi*. A necessidade de atuação do Judiciário não existe quando outro Poder tem atribuições para conhecer e decidir um pedido àquele formulado, máxime quando existe uma vedação expressa retirando-lhe qualquer legitimidade para tanto.” (ARMEIN, 1979, p. 51-52).

Não podemos concordar com tais posições, pois estes mesmos autores [Donaldo Armelin e Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>120</sup>] entendem que cientificamente até a possibilidade jurídica diz respeito ao mérito, por óbvio *somente* a possibilidade jurídica do *pedido*, apenas por disposição legal, deve ser considerada condição da ação. A *licitude* ou *possibilidade jurídica da causa de pedir*, ou qualquer outra situação, para que seja considerada um requisito de admissibilidade para o exame do mérito, precisará de previsão legal expressa, mesmo que se crie uma mera ficção jurídica. E não se diga que uma causa de pedir ilícita (v.g., obrigação decorrente de um jogo ilícito) *contaminaria* o pedido (v.g., condenação ao réu ao pagamento de uma determinada quantia), pois causa de pedir e pedido são elementos que se relacionam, mas são distintos. Este, aliás, é o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, que adere a Alberto dos Reis, embora não se negue o profundo nexo que existe entre o pedido e a causa de pedir. (FREIRE, 1999. p. 73).

De todo modo, independente de quais ou quantos elementos da demanda são atingidos pela condição da ação possibilidade jurídica do pedido<sup>121</sup>, “ocorrendo a impossibilidade jurídica do pedido ou a ilicitude da *causa petendi*, [...], em verdade o que sucede é um julgamento *prima facie* de mérito”. (ARMELIN, 1979, p. 53), posto que de natureza processual segundo redação legal<sup>122</sup>. A impossibilidade jurídica do pedido “é um problema de não incidência, por conseguinte, um problema de mérito, de acolhimento ou rejeição da *res judicio deducta*, indevidamente erigido em condição da ação, por se tratar de uma forma de improcedência *prima facie*” (CALMON DE PASSOS, 1961, p. 63).

Entender-se que um pedido é insubsumível às normas jurídicas deveria surtir os mesmos efeitos que o julgamento de rejeição de um pedido por não ter sido comprovado a existência do suporte fático necessário à sua subsunção à norma legal; ambos maculam o objeto litigioso do processo, produzindo, pois, coisa julgada material. Explica Donaldo Armelin (1979, p. 53):

Ambos levam à rejeição do pedido em razão de sua carente fundamentação. Apenas em um caso inexistem fundamentos jurídicos, noutros, fáticos. Inobstante no caso de vedação expressa do sistema a premissa maior do silogismo judiciário ser inaceitável, e, no caso de falta de prova, ocorrer isso com a premissa menor desse silogismo, ambas as hipóteses, para efeitos processuais, são ontologicamente iguais, ou melhor, deveriam ser no que tange aos efeitos emergentes de sua constatação. A

<sup>120</sup> Cumpre transcrever entendimento de Teresa Wambier contestado por Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 72): “[...] Teresa Arruda Alvim Wambier, verificando que o conceito de possibilidade jurídica é de difícil assimilação, e após assinalar que “a tendência mais moderna parece ser a de não considerar a possibilidade jurídica do pedido como condição da ação”, afirma: De fato, dar pela impossibilidade jurídica do pedido significa, necessariamente, ter examinado o mérito, ainda que sob o ponto de vista exclusivamente jurídico. (WAMBIER *apud* FREIRE, 1999, p. 72).

<sup>121</sup> Novamente ressalva-se que a tarefa de separar os elementos da demanda para aferir a possibilidade jurídica do pedido é tarefa complicada. Para Magno Federici Gomes e Henrique Medeiros Silva, “todas as condições da ação referem-se a mais de um elemento da demanda simultaneamente.” (GOMES; SILVA, 2012, p. 180).

<sup>122</sup> “Sem embargo, a solução legislativa foi no sentido de incluir a possibilidade jurídica da ação, observada pelo seu prisma negativo, ou seja, da sua ausência, como um dos casos de inépcia da inicial, sequer tendo sido parificada às demais condições genéricas de admissibilidade da ação que, *ex vi* do disposto no art. 295, II e III, do CPC, ensejam a título próprio e sem rótulo genérico o indeferimento da inicial, quando também apuráveis *prima facie*. A impossibilidade jurídica, inclusive, sobre estar elencada entre outros motivos de inépcia da inicial, ou seja, sem ter a dignidade de propiciar, sob título seu, o indeferimento da ação, no sistema processual vigente, encontra-se equiparada, sob o mesmo rótulo jurídico, a casos de inépcia formal, como ocorre com a petição em que falta pedido ou causa de pedir (art. 295, parágrafo único, I, do CPC). Esta sua ubiquação na topologia processual vigente demonstra de forma inequívoca que se atribui a essa condição de ação uma natureza indiscutivelmente processual, sem qualquer laivo de sua apontada inserção no mérito do processo. Isto inobstante as críticas que sua existência ou utilidade possam ensejar.” (ARMELIN, 1979, p. 55).

circunstância da apreciação da inviabilidade do pedido poder ser feita *ab initio* não retira da decisão, que o rechaça por impossibilidade jurídica, a natureza de decisão de mérito, porque, como cedo, o momento da prolação de tal decisão no processo de modo algum tem o condão de firmar ou infirmar a sua natureza.

Com efeito, as hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido contidas nos incisos II e III do parágrafo único, artigo 295 do Código de Processo Civil, ou mesmo a condição da ação prevista no inciso VI do artigo 267 do mesmo diploma legal, é confusão semelhante à extinção do processo por indeferimento da petição inicial em vista da decadência ou prescrição, determinada da cumulação do inciso I do artigo 267 com o inciso IV do artigo 295, ambos do Código de Processo Civil – sem julgamento de mérito –, ainda que seja caso de extinção do processo com julgamento de mérito (artigo 269, IV, combinado com o inciso IV do artigo 295, ambos do Código de Processo Civil). As situações comparadas, “idênticas sob o prisma temporal, não o são quanto às suas conseqüências processuais, embora devessem sê-lo, porque, sob o ângulo do direito material, são idênticas.” (ARMELIN, 1979, p. 55).

Não é razão outra pela qual Fredie Didier Júnior, ao se referir de quaisquer das hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido – seja do inciso II, seja do inciso III do parágrafo único do artigo 295 do Código de Processo Civil – “redundam em sentença declaratória de impossibilidade jurídica, denegatória do bem da vida pretendido, cujos efeitos devem ser os da coisa julgada material.” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 224). E continua:

A improcedência macroscópica é apenas a forma mais avultante de improcedência, e, por isso, deveria ser tratada ainda com mais rigor – como já acontece com os casos de decadência legal e prescrição em favor de incapaz. O caso é de improcedência *prima facie*. A situação de alguém pedir algo que o direito repila, ou não permita expressamente, em nada difere daquela em que outrem pede algo que o direito agasalha, pois as decisões que confirmarem, a repugnância ou a afeição serão conseqüências de “relações processuais substancialmente idênticas, expressivas do exercício do direito de ação do sujeitos e de atividade jurisdicional do órgão, em tudo semelhantes”. Aplica-se o direito material – a relação jurídica está sendo composta. Adentra-se o mérito; injustificável que não se produza coisa julgada material. [...] não é temerário afirmar que a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, *de lege lata*, gera coisa julgada material, à luz do art. 296, I, do CPC, cotejando-se com o quanto previsto nos incisos II e III do parágrafo único do art. 295 do CPC. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 226-227).

Até mesmo aqueles que defendem ser a possibilidade jurídica aferida exclusivamente no âmbito processual<sup>123</sup>, não conseguem explicar sua ligação com a relação

<sup>123</sup> Outra lição de Donaldo Armelin se faz necessária: “Normalmente, o pedido veiculado em um processo tem seu suporte jurídico no direito material. Excepcionalmente, um processo veicula matéria exclusivamente processual, como ocorre com os mandados de segurança contra ato judicial cujo objeto imediato seja a desconstituição do ato processualmente lesivo ao impetrante. Mesmo a ação rescisória, no vigente estatuto processual, comporta, necessariamente, conforme o caso, a cumulação de um pedido de rescisão do julgado (de natureza exclusivamente processual) com o de nova decisão da causa (art. 488, I, do CPC), o que torna a matéria nela apreciada muitas vezes de natureza também de direito material.” (ARMELIN, 1979, p. 53). O alvo de interesse é o julgamento de mérito; o objeto da lide, se discute direito material ou não, pouco importa.



jurídica substancial deduzida (componente do objeto litigioso do processo), como visto nos exemplos citados por Wambier, Almeida e Talamini (2002):

[...] pedir a prisão civil do suposto devedor de uma obrigação pecuniária não-alimentícia; pretender promover execução por quantia certa comum, como penhora, contra a Fazenda Pública; pedir a condenação do réu ao pagamento de uma dívida de jogo [...] Nessa perspectiva, a possibilidade jurídica do pedido fica restrita a um aspecto processual – ainda que, para a aferição de sua presença, seja indispensável o exame da relação material subjacente (para saber se a prisão civil é possível, haverá que se examinar o caráter da obrigação que se quer cobrar; para se concluir pela inadmissibilidade de execução comum, haverá de se considerar a presença da Fazenda Pública no pólo passivo do conflito; para se afirmar a impossibilidade da condenação, será preciso investigar a origem da dívida). (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMINI, 2002, p. 130).

Assiste razão à lição de Calmon de Passos, em que “A impossibilidade jurídica é também uma das formas de improcedência *prima facie*” (CALMON DE PASSOS, 1974, p. 204). A constatação da impossibilidade jurídica do pedido é uma das mais radicais formas de negar razão a um pedido, mesmo que impossível somente em tese, conforme importante e perspicaz traçado de Adroaldo Furtado Fabrício (2003, p. 392):

Ora, responder o juiz ao autor que ele não tem o direito invocado porque, mesmo em tese, sua pretensão não encontra amparo no sistema jurídico, quaisquer que sejam os fatos, é a mais radical de todas as formas possíveis de negar-lhe razão. É uma negativa mais terminante e desenganadora do que, *e.g.*, a fundada na inexistência ou mera insuficiência de prova dos fatos alegados. E, no entanto, a crer-se na letra da lei, a *res iudicata* não cobriria aquele julgado, e as portas da Justiça continuariam franqueadas à reiteração indefinida do mesmo pedido.

Por essas razões, essa condição da ação, independentemente de seus conceitos e características, se envolvem, por exemplo, a licitude da causa de pedir, o que importa é sua evidente relação com o objeto litigioso do processo, situação que deveria produzir julgamento de mérito e a consequente produção de coisa julgada material. Deveras, não assiste coerência que tal decisão possa ser reexaminada após repositura da mesma demanda, pois, de todo modo, uma decisão foi proferida, pouco importando qual seu prisma temporal no processo ou seu objeto (se é questão processual, apenas, ou não).

A possibilidade jurídica não foi mantida pelo projeto de novo Código de Processo Civil, pois transmutada à apreciação do mérito da demanda. O tema voltará a ser examinado no próximo capítulo.



## 2.2 A LEGITIMIDADE PARA AGIR EM JUÍZO

A legitimidade para agir - *legitimatio ad causam petendi* ou *legitimatio ad agendum* – é uma situação jurídica regulada pela lei que atribui às partes (autor e réu) o poder para conduzir determinado processo. A legitimidade *ad causam* exige um vínculo, ou melhor, uma posição jurídica que autorize as partes da demanda a conduzir o processo em que é discutida uma relação de direito material. Esse poder de condução do processo é uma qualidade jurídica apta a constatar que a posição processual das partes é coincidente com a situação legitimadora (ou legitimante), “decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso” (ARAKEN DE ASSIS, 1956, p. 89).

Não basta, portanto, a verificação dos pressupostos processuais subjetivos para validar a regularidade da condução do processo. A situação de parte processual deriva tão somente da propositura da ação, por meio da petição inicial, independentemente de qualquer outro requisito legal e é resultante, exclusivamente, “de um ato de vontade do autor, que, pleiteando, através de um direito, a atuação da jurisdição, estabelece os pólos da relação jurídico-processual” (ARMELIN, 1979, p. 81). Essa relação exposta na lide pode simplesmente não existir ou ser meramente hipotética ou fantasiosa; em verdade, a qualidade de ser parte depende tão somente de uma vontade pré-processual da própria parte, porque vedada a formação oficiosa de um processo civil<sup>124</sup>. A capacidade de ser parte é conceito anterior ao de capacidade processual, “trata-se de conceito de direito público e pré-processual e decorre do direito constitucional de ação” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 125).<sup>125</sup>

Pode-se entender que os pressupostos subjetivos de existência da demanda são constatados pela capacidade jurídica do autor e, por outro lado, os requisitos subjetivos de validade, pela capacidade processual e postulatória das partes. A capacidade de ser parte tem relação com a capacidade jurídica de quem demanda, como enunciado por Fredie Didier Júnior (2005, p. 111-113):

Dela [capacidade de ser parte] são dotados aqueles que tenham personalidade material – ou seja, aqueles que podem ser sujeitos de uma relação jurídica material, como as pessoas naturais e as jurídicas –, como também o condomínio, o nascituro, o *nondum conceptus*, a sociedade de fato, a sociedade não-personificada e sociedade irregular – as três figuras estão reunidas sob a rubrica sociedade comum, art. 986 do

<sup>124</sup> Argumentação extraída em Donaldo Armelin (1979, p. 81-82).

<sup>125</sup> Bom exemplo é a deficitária redação do artigo 8º da Lei Federal número 9.099/95: “Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil” (BRASIL, 1995). Não se trata de incapacidade de ser parte, mas sim de incapacidade processual para litigar no âmbito dos juizados especiais. A capacidade é conceito absoluto: ou existe ou não existe.

CC-2002 -, os entes formais (como o espólio, massa falida, herança jacente etc.), igrejas, as comunidades indígenas ou grupos tribais, comissões e comitês, consórcios, os órgãos públicos despersonalizados (Ministério Público, PROCON, Tribunal de Contas, cartórios, a Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado etc.). Não a têm o morto e os animais.

Podem, assim, ser partes aqueles que não têm personalidade jurídica de direito material ou não-pessoas, pois podem ser sujeitos de direitos<sup>126</sup>. A capacidade jurídica, atributo conferido a certos entes para torná-los sujeitos de relações jurídicas, não se vinculará, necessariamente, aos sujeitos da relação jurídica de direito material. Disso decorre que a relação processual pode se formar com sujeitos que não sejam os da relação de direito material deduzida e que quem tem capacidade jurídica, tem capacidade de ser parte<sup>127</sup>.

Não obstante, a prática de atos processuais dependem de capacidade processual para seu válido exercício, e, em alguns casos, também de uma capacidade técnica, a postulatória, sob pena, igualmente, de invalidarem-se os atos processuais praticados. Trata-se dos requisitos de validade da demanda<sup>128</sup>.

A capacidade processual é aptidão genérica para praticar atos processuais, pessoalmente - independente de assistência ou representação -, ou por indicação legal, como as pessoas tratadas no artigo 12 do Código de Processo Civil<sup>129</sup>. Pode se referir à totalidade dos atos processuais, ou a apenas um, especificamente. Importa notar que a capacidade processual não se confunde com a capacidade de ser parte, já que possível haver parte sem capacidade processual. No mesmo ímpeto, há situações em que a lei confere capacidade material ao exercício do direito<sup>130</sup>, posto que o sujeito não tenha capacidade processual, como também crie situações de incapacidade material e capacidade processual plena – ao incapaz é

<sup>126</sup> Sobre a legitimação extraordinária: “Têm, capacidade de ser parte, então, todos os entes que tenham personalidade jurídica de direito material, bem como todos os agrupamentos humanos minimamente organizados, de modo que se possa identificar o seu representante, para que a sua capacidade processual fique integrada, e os seus interesses juridicamente tutelados, que dizem respeito à sua finalidade – na expressão utilizada pelo STJ e STF, seus “direitos-função”. É por isso que se atribui capacidade de ser parte às sociedades não-personificadas, ao MST, ao Ministério Público, às comunidades indígenas, etc. É por isso que a comunidade de pessoas esadas (titular de direitos difusos e/ou coletivos) não tem capacidade de ser parte, por não ter o mínimo de organização: os seus direitos serão defendidos em juízo por legitimados extraordinários.” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 123).

<sup>127</sup> Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2005, p. 115).

<sup>128</sup> A matéria é regulada pelo artigo 13 do Código de Processo Civil: Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo; II - ao réu, reputar-se-á rével; III - ao terceiro, será excluído do processo. (BRASIL, 1973).

<sup>129</sup> Art. 12. “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II - o Município, por seu Prefeito ou procurador; III - a massa falida, pelo síndico; IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador; V - o espólio, pelo inventariante; VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores; VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico. § 1º Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte. § 2º - As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição. § 3º O gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial.” (BRASIL, 1973).

<sup>130</sup> A referência à capacidade processual é o artigo 7º do Código de Processo Civil: “Art. 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.” (BRASIL, 1973).

atribuída capacidade para requerer designação de representante em juízo<sup>131</sup> e os cônjuges sofrem limitações em suas capacidades processuais<sup>132</sup> -, a capacidade processual tem correlação com a capacidade material, porém, há autonomia entre ambas. Isso porque os atos processuais exigem especial tipo de capacidade, a capacidade processual. Não basta capacidade material (capacidade de exercício) para praticar validamente atos processuais<sup>133</sup>.

O *ius postulandi* é uma bifurcação da capacidade processual, exigida para a prática de alguns atos processuais, os quais, sem a capacitação técnica – representação judicial, o advogado – pode resultar desde a invalidade de atos postulatórios, até a extinção do processo. As situações são pertinentemente tratadas por Fredie Didier Júnior (2005, p. 140/142), em lição comparativa com a capacidade processual:

A não-correção do defeito da incapacidade processual gera consequências diversas, conforme se trate do autor (extinção o processo, se for único; em caso de litisconsórcio, exclui-se o autor incapaz, sem extinguir o processo), réu (prosseguimento do processo à sua revelia) e terceiro (exclusão do processo). Não é correto, pois, afirmar peremptoriamente, que a incapacidade processual da parte implica a extinção do processo. Diante disso, somente a capacidade processual do demandante pode ser vista como requisito processual de todo o procedimento [...] A falta de capacidade postulatória do autor implica a extinção do processo, se não for sanada e não houver litisconsórcio ativo; a do réu, o prosseguimento do processo a sua revelia; a do terceiro, a sua exclusão da causa. Mais uma vez, somente a capacidade postulatória do autor pode ser vista como requisito de admissibilidade do procedimento. A capacidade postulatória do réu e do terceiro é requisito de validade dos atos postulatórios que praticar.

A capacidade de ser parte e a capacidade processual são, portanto, atributos genéricos; a capacidade de ser parte é absoluta, pois não comportam gradações: ou se tem capacidade de ser parte ou não. A parte pode, então, ter uma aptidão genérica para a prática da generalidade dos atos processuais, como detalhado da legitimidade processual, e, em determinados casos, deve ser unida à capacidade postulacional para compor o requisito subjetivo de validade da demanda<sup>134</sup>. A legitimidade *ad causam*, de outro norte, é atributo específico, referente a uma dada hipótese concreta. Nos dizeres de Alfredo Buzaid (1956, p. 89) é a “pertinência subjetiva da ação”, ou “uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito a lide *sub judice*. Essa qualidade emerge de uma

<sup>131</sup> E o que dispõe o inciso I do artigo 9º do Código de Processo Civil: “Art. 9º O juiz dará curador especial: I - ao incapaz, se não tiver representante legal, ou se os interesses deste colidirem com os daquele; [...]” (BRASIL, 1973).

<sup>132</sup> Dispõe o caput do artigo 10 do Código de Processo Civil: “O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários.” (BRASIL, 1973).

<sup>133</sup> Nesse sentido Fredie Didier Júnior (2005, p. 134/141).

<sup>134</sup> O reconhecimento de existência de capacidade processual significa tão somente que uma pessoa poderá figurar validamente como parte em um processo civil, não que terá, necessariamente, legitimidade para a causa posta. A *legitimatío ad processum* está relacionada, pois, “à estrutura do processo precipuamente, enquanto a *legitimatío ad causam* atine ao exercício de ação, direito esse que pode perfeitamente concernir ao sujeito carente de capacidade de exercício. Assim, o menor plenamente legitimado para o ajuizamento de determinada ação, em face da titularidade de uma situação legitimante, não terá condições de exercer tal direito por carência de capacidade para a prática de tal ato” (ARMELIN, 1979, p. 111).

situação jurídica legitimante e dá colorido a uma situação processual [...]” (ARMELIN, 1979, p. 80). A legitimidade é uma situação jurídica de um sujeito frente a um determinado processo.<sup>135</sup>

Posto isso, é necessário que os sujeitos da demanda (partes) estejam em uma situação jurídica que lhes autorize conduzir um processo que trata, especificamente, de uma relação jurídica de direito material deduzida em juízo. A simples qualidade de parte, decorrente pura e simplesmente de uma manifestação de vontade do litigante, ou no caso do réu, de sua simples inserção no processo por meio da citação – o que somente lhe garante o direito do exercício de defesa, de forma autônoma e independente do direito de ação (podendo inclusive alegar a sua ilegitimidade *ad causam*) - bem como a genérica capacidade processual, não são suficientes para qualificar a *legitimatío ad causam*.

A legitimidade para agir é bilateral, pois o autor está legitimado para propor a ação em face de um determinado réu, consoante relação jurídica substancial e as regras de direito material deduzidas<sup>136</sup>. Há, portanto, simetria entre a legitimidade para agir (em referência ao autor) e a legitimidade para excepcionar do réu, vez que constatada a não integração de uma das partes na relação material deduzida, ambas podem ser consideradas carentes de legitimidade para agir.<sup>137</sup>

Para Donaldo Armelin (1979, p. 103), a situação legitimante para o exercício de defesa é a simples citação do réu para responder à ação proposta pelo autor. O direito de defesa é abstrato e exercido mesmo quando não haja pronunciamento judicial sobre o mérito da causa. A legitimidade passiva é situação jurídica diferente: só será assim qualificado o réu que seja inserido no “pólo passivo da relação jurídica controvertida no processo, ou quando titular de uma situação a ela repostada por disposição expressa de lei, no caso de legitimidade passiva extraordinária” (ARMELIN, 1979, p. 103). Ocorre que, para este mesmo jurista, é possível haver legitimação do réu desvinculada da relação substancial deduzida pelo autor:

Assim, descarta-se, desde logo, a reconvenção, que não se insere concretamente na defesa do réu, atinente ao direito alegado pelo autor, muito embora a esta se encontre direta ou indiretamente jungida, pois consiste em uma ação ajuizada pelo réu contra o autor no mesmo processo e perante o mesmo juízo, por não configurar especificamente o exercício de direito de defesa, pois constitui em si mesma ação

<sup>135</sup> Com efeito, a legitimação é a atribuição do poder jurídico de condução de um determinado processo.

<sup>136</sup> Há notória tendência de inferiorizar o estudo da legitimidade do réu no estudo do juízo de admissibilidade. A razão é simples. A legitimidade para agir em juízo, quando classificada como condição, passou a ser enfocada em função de questões relacionadas à admissibilidade da ação, e, pois, naturalmente houve enfoque à legitimidade *ad causam* do autor. Nesse diapasão, “inclusive, a denominação latina do instituto *legitimatío ad causam petendi*, e a vernáculo, legitimidade para agir, revelam a unilateralidade do tratamento doutrinário, e, muitas vezes, legislativo da matéria.” (ARMELIN, 1979, p.101).

<sup>137</sup> Nesse sentido, leia-se Fredie Didier Júnior (2005, p. 230).

autônoma, hábil para ajuizamento em processo próprio e independente, dependendo, assim, de legitimidade autônoma. O mesmo ocorre com as exceções substanciais e certas objeções pessoais. [...] sempre que o réu argúi objeções processuais extrínsecas ao processo no qual ele se insere, ou exceções substanciais, é de se exigir uma legitimidade específica para tanto [...] o exercício ou não do direito de arguir exceções substanciais ou objeções processuais dessa natureza não retira do réu a sua legitimação básica, que é dada pela inserção do réu na relação jurídica emergente ou reafirmada na pretensão do autor. Aliás, não é o tipo de defesa que outorga a legitimidade do réu. (ARMELIN, 1979, p. 103/105).<sup>138</sup>

As primeiras conclusões sobre a legitimidade para agir em juízo podem ser resumidas em se tratar de uma situação jurídica regulada pela lei; em que se atribui o poder jurídico de conduzir determinado processo; e que é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo. O próximo aspecto é o de maior relevância, pois constatará que a legitimidade *ad causam* é aferida diante do objeto litigioso, baseando-se em regras de direito material, posto que examinada, teoricamente, em vista da situação afirmada no instrumento da demanda.<sup>139</sup>

O conceito de Alfredo Buzaid (1956, p. 89), em que a legitimação para agir refere-se à “pertinência subjetiva da ação”, não explica todas as faces do instituto, notadamente no que concerne à situação legitimada e à situação legitimante, característica fundamental da legitimidade. A primeira daquelas consiste na relação jurídico-processual - vista a partir da efetiva presença de partes legítimas – garantidora de decisão judicial sobre o mérito da lide, e, claro, desde que preenchidas as demais condições da ação e pressupostos processuais. A tal aspecto a “pertinência subjetiva da ação” não se furtou; considera-se a ação como um direito a uma sentença sobre o mérito, porque, até então, o exercício regular da ação pressupõe a legitimidade das partes. Maiores complicações surgem quando a fundamentação exposta na petição inicial demonstra-se infundada: a situação legitimante tenta explicar como o autor se legitima para ter direito a uma decisão de mérito sobre um direito que inexistente. Estamos a tratar sobre a legitimidade ativa. A legitimidade do réu evidentemente não comporta tal desdobramento.

A simples afirmativa do autor a respeito da existência de um direito violado, desde que a compatibilizando a sua situação com a com a lide deduzida em juízo, é suficiente para, no plano processual, justificar sua legitimidade – neste caso, o autor será, em tese, o legítimo para postular em nome próprio direito próprio ou alheio -, mesmo que na decisão final se decida pela inexistência do direito e, portanto, da não titularidade do autor sobre o

<sup>138</sup> Interessante dispositivo legal é o artigo 281 do Código Civil: “Art. 281. O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor.” (BRASIL, 2002). Trata-se de dispositivo dentro da seção da solidariedade passiva e que expressa a relação de legitimidade do réu para excepcionar.

<sup>139</sup> As conclusões almejadas podem ser extraídas em Fredie Didier Júnior (2005, p. 229-230).

mesmo. A decisão judicial inicial sobre a legitimidade é pautada, nestes termos, na singela afirmação da parte, de natureza exclusivamente processual e que em nada se vincula ao direito material ou processual embasador da lide retratada na inicial<sup>140</sup>:

[...] a legitimidade *ad causam*, embora vinculada ao direito material e excepcionalmente processual que dá a estrutura jurídica da lide *sub judice*, resulta exclusivamente de atos processuais que dão ao perfil de cada lide no processo. Aquela vinculação ao direito material adquire no processo contornos próprios e inconfundíveis, que permitem a admissão de um retrato meramente formal dessa vinculação, muitas vezes desgarrado da realidade dos fatos. A titularidade do direito, supedâneo da legitimidade direta, se processualiza em razão de vários fatores, de tal sorte que sua mera alegação incontroversa ou comprovada *quantum satis* enseja a discussão da existência ou inexistência de um direito, cuja titularidade, para efeitos processuais, já foi admitida, mesmo que aquele direito seja a final declarado inexistente. (ARMELIN, 1979, p. 87)<sup>141</sup>.

Passar-se-á a delinear as três principais construções jurídicas que buscam explicar essa dissociação entre a titularidade real do direito e a sua simples alegação em juízo, ou seja, a situação legitimante: a legitimidade como aparência jurídica, a teoria da situação legitimante como relação prodrômica e a que explica a situação legitimante como decorrência de princípios específicos do processo.

A primeira delas, a legitimidade como aparência jurídica, determina que a simples afirmação de titularidade do direito questionado, ou mesmo de titularidade da situação legitimante, ensejará o surgimento de uma situação aparente que, mesmo se apreciação de mérito for contrária às afirmações iniciais, gerará efeitos jurídicos e processuais, embora incompatíveis com a realidade. O mais expressivo defensor desta doutrina, Francesco Carnelutti<sup>142</sup>, sustenta ser a situação aparente uma legitimidade de fato, em outras palavras, uma legitimidade com laivos de aparência de realidade, pois como a legitimidade, a exemplo de todo tipo de qualificação, depender de um direito, somente uma afirmação (legitimidade de aparência) poderia servir de solução.

A teoria da relação prodrômica, de outra banda, decorre da propositura da petição inicial e se constitui em uma fase intermediária, autônoma e definida, porém, neutra em relação ao provimento final. Vislumbra-se uma relação jurídica preambular, pré-processual, consistente na qualificação legitimante já no momento da propositura da ação, diferentemente da situação material controvertida. Essa situação seria capaz de constituir a relação

<sup>140</sup> Vide Donaldo Armelin (1979, p. 83-84/86).

<sup>141</sup> Cumpre reiterar que os referidos casos em que a legitimidade *ad causam* esteja desvinculada ao direito material, quais sejam “ação rescisória, embargos de terceiro, mandado de segurança contra ato judicial” (ARMELIN, 1979, p.96), não é aqui aproveitável, porque mesmo havendo julgamento de uma questão estritamente processual, tal não necessariamente afasta a apreciação meritória da demanda. O que se passará a defender é que a análise das condições da ação não prescinde do julgamento de mérito da lide, independentemente do conteúdo da demanda.

<sup>142</sup> Extraído de Donaldo Armelin (1979, p. 88-89).



legitimante da *legitimatío ad causam*. Tratar-se-ia de uma “situação intermediária, em conexão teleológica com relação material controvertida, que representaria o final da evolução de tal situação intermediária, cuja finalidade seria declarar-lhe a existência e preparar-lhe a atuação”<sup>143</sup>. A teoria em foco buscou demonstrar a independência entre a situação legitimante e o mérito da relação substancial deduzida, por mais que, em verdade, a relação prodrômica sempre tenha ligação com a relação material. Ainda, opôs-se à relação aparente, carreando elementos de uma situação legitimante real e efetiva, de modo a adaptar uma teoria de direito material à sistemática processual.

Em oposição a ambas, coloca-se a “teoria da situação legitimante emergente do processo em conexão com o direito questionado”, defendida principalmente por Donaldo Armelin e Ugo Rocco<sup>144</sup>. A situação legitimante, para esta doutrina, é de natureza exclusivamente processual, decorrente das afirmações do autor na petição inicial:

[...] a situação legitimante deriva da afirmação do autor quando da propositura da ação, na inicial, onde a lide real ou aparente, como ocorre no caso de processo simulado, é retratada. É uma situação real e jurídica, e não aparente e de fato, pois deriva de ato jurídico processual expressamente disciplinado em lei, como é a propositura da ação. Da mesma forma, embora necessariamente reportada ao direito questionado, que pode ser material ou processual, não resulta necessariamente da existência deste e nem tem, indispensavelmente, existência pré-processual. Origina-se, muitas vezes, no próprio processo, em função da vontade do autor, que por assim dizer, se autolegitima através de adequação de sua inicial com uma lide real ou aparente ali retratada, na qual se insere uma posição de titularidade do direito questionado, ou da situação a esta legalmente assemelhada. (ARMELIN, 1979, p. 100).

Alguns argumentos utilizados contra a doutrina de Carnelutti merecem ser repassados: a legitimidade, como uma condição para exame do mérito da demanda, é, sem dúvida, como tal, “uma qualidade jurídica da parte, emergente de uma situação jurídica, processualmente qualificada em função de fatos e do relato do direito material, que por ser jurídica, não é de fato”. (ARMELIN, 1979, p. 89). Ainda, os argumentos deferidos contra a teoria da relação prodrômica são perspicazes:

[...] não tem ela o condão de esclarecer como tal relação prodrômica pré-processual deixa de estabelecer vínculos jurídicos antes do processo [...] não cria situação nova, no que tange à essência do conflito [...] pode criar, por si só, uma situação preambular, distinta da originária, e apta a produzir efeitos processuais, parece resultado de uma distorção de enfoque jurídico. Não é a situação litigiosa que se constitui numa situação prodrômica em relação àquela a ser apreciada o processo, mas, sim, o processo que outorga a uma situação dentro dele retratada condição de relação legitimante, suficientemente hábil para ensejar um pronunciamento sobre a própria lide. [...] a teoria da relação prodrômica, enquanto se lastreia em uma relação preambular, pré-processual, de natureza material, não pode ser aceita, porque

<sup>143</sup> Nesse sentido: (MONACIANI *apud* ARMELIN, 1979, p. 91-92).

<sup>144</sup> Vide Donaldo Armelin (1979, p. 98).



implica dar qualificação jurídica a fatos que só dentro do processo podem obtê-la, para fins processuais. (ARMELIN, 1979, p. 93-94)

A teoria de Donaldo Armelin e Ugo Rocco guarda pertinência em parte. Explica-se.

A teoria eclética distingue o direito de acesso aos tribunais (“direito de petição constitucional”) e o direito de ação propriamente: o direito de ação, por óbvio, seria uma espécie do gênero “direito de petição”, e, pois, menos extenso. Ocorre que se trata de uma infundada duplicação de um mesmo fenômeno, que sequer existe no âmbito do direito público<sup>145</sup>. A causa da situação legitimante é o monopólio do exercício da jurisdição pelo Estado, que legitima a ação processual a todos, indistinta e abstratamente, para se certificar que o demandante é titular do direito material discutido, e proceder, assim, a ação de direito material – antes exercida pelo próprio titular. Logo, a ação processual e a situação legitimante são explicadas sob a óptica constitucional - do direito cívico de petição -, o qual garante a todos os cidadãos levar a juízo situações substanciais para serem discutidas<sup>146</sup>.

Isso porque os ecléticos trasladaram elementos da relação de direito material à ação processual e não puderam explicar as condicionantes da ação frente ao direito constitucional de petição, senão criando uma espécie de direito de ação processual, esse, condicionado. Outro resultado do histórico equívoco<sup>147</sup> foi ter que disfarçar os inconvenientes por meio da criação de um juízo hipotético, ao que diziam ser um filtro de demandas, provedor de economia processual – como se a sentença de improcedência *prima facie* não fosse o remédio mais eficaz contra as ditas demandas “manifestamente injurídicas”.

Situação interessante é narrada por José Joaquim Calmon de Passos (1961, p. 61-62) ao tratar da possibilidade jurídica do pedido, aqui, amplamente aproveitável. Elucida uma ação de usucapião em que o autor declinasse estar na posse do imóvel há quatro anos, com *animus* de dono. Tal pedido seria julgado “carecedor de ação” (carecedor da possibilidade jurídica do pedido) ante a ausência de previsão legal para o atendimento do pedido, não havendo, assim, análise de mérito. Prossegue José Joaquim Calmon de Passos (1961, p. 61-

<sup>145</sup> Nesse sentido: Fábio Gomes (1999, p. 59).

<sup>146</sup> Vale transcrever passagem de Pontes de Miranda (1972, p. 110-112): “A *ação* exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos. Nem sempre é preciso ir-se contra o Estado para que êle, que prometeu a tutela jurídica, a preste; nem, portanto, estabelecer-se a relação jurídica processual, na qual o juiz haja de entregar, afinal, a prestação jurisdicional. A ação nada tem com a pretensão à tutela jurídica. [...] A ação corresponde ou a “ação (judicial), ou a “ação administrativa” (qualquer que seja o nome que se lhe dê), trate-se de tribunal administrativo, ou de simples administração, e a “ação” em juízo arbitral em outro corpo não-estatal, ou paraestatal, ou qualquer, ou a “ação” própria, em justiça de autotutela. Se qualquer desses caminhos lhe é fechado, ou se lhe obstrui, nem por isso deixa de existir a ação; porque tais cortes são no direito processual, ou no direito público, provavelmente constitucionais. O corte total ou parcial da ação tem de ocorrer no direito material. A ação não é a constelação dessas “ações”; mas o sol do sistema.

<sup>147</sup> Vide Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 76).

62), sugerindo que esse mesmo autor propusesse a ação alegando estar na posse da área há mais de dez anos e invocasse o art. 156, § 3º, da Constituição Federal de 1946<sup>148</sup>. Neste caso, a condição da ação antes faltante estaria presente - mesmo que o autor tivesse “mentido” em juízo. Posteriormente, no trâmite da segunda situação hipotética, se viesse a ser comprovado que o autor estava na posse do imóvel há apenas 4 anos, e não nos 10, conforme razões iniciais, seria o caso de improcedência da demanda, e não de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido. Prossegue Calmon, perguntando-se qual seria a diferença entre as duas decisões, de carência de ação e de improcedência: rigorosamente nenhuma<sup>149</sup>.

O que se está aduzindo, em outras linhas, é que a necessidade de colheita de prova para aferição da legitimidade *ad causam* apenas revela que, quando for possível julgar o processo sem necessidade de rebuscar na instrução probatória a comprovação de titularidade do direito perseguido, vez que as razões iniciais por si só demonstram uma demanda infundada, é a maior razão para haver uma sentença de improcedência *prima facie*, vislumbrada macroscopicamente. Caso contrário, em que for necessário o rebusque de provas para se comprovar a *legitimatio ad causam*, é, evidentemente, caso de improcedência, e, pois, de decisão acerca da relação de direito material deduzida.

Dessa forma podemos concluir que a legitimidade *ad causam* afere-se diante do objeto litigioso da demanda, e, por consequência, deveria gerar apreciação de mérito, o que não acontece. Enfim, podemos destacar as características da legitimidade para agir, bem posta em Fredie Didier Júnior (2005, p. 229-230):

Essa noção revela os principais aspectos da legitimidade *ad causam*: a) trata-se de uma situação jurídica regulada pela lei (“situação legitimante”; “esquemas abstratos”; “modelo ideal”, nas expressões normalmente usadas pela doutrina), em que se atribui o poder jurídico de conduzir determinado processo; b) é qualidade jurídica que se refere a ambas as partes do processo (autor e réu); c) afere-se diante do objeto litigioso, a relação jurídica substancial deduzida - “toda legitimidade baseia-se em regras de direito material”, embora se examine à luz da situação afirmada no instrumento da demanda; trata-se de uma condição “transitiva,

<sup>148</sup> “Art 156 - A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados. [...] § 3º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. (BRASIL, 1946).

<sup>149</sup> Sobre a teoria eclética e da asserção, nos coloca interessante questão Fábio Gomes (1999, p. 73): “Embora afirme Nelson Nery Jr. não poder o juiz indeferir a inicial “quando a aferição da legitimidade depender de prova”, parece alinhar-se com os que apontam como adequada a aferição da condições da ação *in statu assertiones*, pois preleciona de forma clara que “aquele que *se afirma* titular do direito material tem legitimidade para discuti-lo em juízo”. A aferição *efetiva e real* que tivemos das chamadas condições da ação implica forçosamente o exame de pontos que se encontram no âmbito da relação de direito material posta à apreciação do juiz e, por via de consequência, julgamento de mérito.”.

relacional”, pois “acha-se ligada a uma determinada situação e afere-se em face de dadas pessoas”<sup>150</sup>.

Passada a conceituação desta condição da ação, e, claro, de parte de suas complicações sistêmicas, passamos agora a tratar de sua classificação, relegando parte desta tarefa para o tópico seguinte, onde se discorrerá sobre a legitimidade extraordinária e a legitimação na tutela coletiva.

A principal classificação da legitimidade para agir é a que a divide em *legitimação ordinária* e *legitimação extraordinária*. A primeira ocorre quando houver correspondência entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação jurisdicional. Há legitimação extraordinária (ou substituição processual, ter-se-á por sinônimas as expressões) quando não houver por total essa correspondência – entre a situação legitimante e a situação jurídica deduzida; o legitimado extraordinário defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito<sup>151</sup>. O objeto litigioso do processo, porém, pode dizer respeito também ao legitimado extraordinário, momento em que reunirá as situações de legitimado ordinário e extraordinário – cite-se como exemplo os condôminos<sup>152</sup>.

A legitimação exclusiva, por outro lado, existe quando apenas um sujeito compõe o contraditório, tornando-o regular. A legitimação concorrente ou co-legitimação configura-se quando um processo seja conduzido, ou mais tecnicamente, haja autorização para mais de um sujeito de direito discutir a relação jurídica posta. Fredie Didier Júnior (2005, p. 233) apresenta a estreita relação entre a co-legitimação e o litisconsórcio unitário:

Para que duas ou mais pessoas estejam em juízo, no mesmo pólo do processo, discutindo a mesma relação jurídica material (litisconsórcio unitário), é preciso que ambas tenha, legitimidade, ou seja, é preciso que sejam co-legitimadas. Assim, pode surgir litisconsórcio unitário quando se litisconsorciem, para a defesa da mesa relação jurídica: a) dois *legitimados ordinário*, como dois condôminos em demanda para proteger a coisa comum; b) um *legitimado ordinário* e um *extraordinário*, como são os casos dos litisconsórcios entre denunciante e denunciado (arts. 74 e 75, I, do CPC) e adquirente e alienante da coisa litigiosa (art. 42, § 2º, do CPC); c) *legitimados extraordinários*, como é o caso do litisconsórcio entre legitimados para a tutela coletiva (por exemplo, litisconsórcio entre Ministérios Públicos Estadual e Federal).

<sup>150</sup> Em vista da grande relevância dos trabalhos de Donaldo Armelin (1979, p. 85) é de todo pertinente que se transcreva a sua conceituação: [...] a legitimidade para agir é de ser conceituada como uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presente as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo. [...] está ali presente [no conceito] a sua característica de qualidade jurídica, que não constitui a figura de parte, mas a unção de juridicidade processual, tornando-a parte legítima para a decisão final; encontra-se também no contexto a referência à bipolaridade essencial à legitimidade: a situação legitimante e a legitimada, com as respectivas características de a primeira emergir do próprio processo e a segunda efetivar-se-á nele em conotação com dados extrínsecos a este, e, finalmente, constata-se o gênero próximo do instituto, ou seja, a sua inserção na categoria das condições da ação, propiciadora do exercício regular deste direito, com a criação de um processo que atinge seu fim normal.

<sup>151</sup> “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” (BRASIL, 1973).

<sup>152</sup> Extraído de Didier Júnior (2005, p. 232).

Seguindo a linha classificatória de Fredie Didier Júnior (2005, p. 233-234), a legitimação pode ainda ser isolada ou simples e conjunta ou complexa, quando houver necessidade de litisconsórcio, no segundo caso, ou quando o legitimado puder estar sozinho no processo, que é o caso de legitimação isolada ou simples. Importante notar que a legitimação complexa somente poderá dar-se no polo passivo, já que, em se tratando de litisconsórcio ativo, vale ressaltar que ninguém pode obrigar terceiro a integrar este polo da demanda, sob pena de ofensa ao direito fundamental da inafastabilidade (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal)<sup>153</sup>.

Ainda, há legitimação total e parcial, a depender se a relação jurídica se referir a todo processo ou a apenas um incidente. Por fim, há legitimação ordinária, verificada no processo (à luz da demanda inicial), e derivada, que é “decorrente daquela e resultante de situações de sucessão na titularidade do direito alegado no pedido e na qualidade de parte processual” (ARMELIN, 1979, p. 120). Convém sintetizar a classificação da legitimidade, como categoria geral, dada em Donaldo Armelin (1979, p. 21-28):

[...] sob o prisma do número de legitimados para a prática de um mesmo ato, poder-se-á falar em uma *legitimidade singular* ao lado de uma *legitimidade coletiva*. [...] pode ser transferível e intransferível, conforme possa ou não ser adquirida derivadamente. [...] conforme o feixe de atos potencialmente legitimáveis pela situação jurídica do seu agente, a *legitimidade* será *específica* ou *genérica*. [...] a legitimidade bilateral ou unilateral. Na primeira, para a eficácia do ato jurídico, mister se faz que ambas as partes estejam igualmente legitimadas, tal como ocorre com a outorga de mandato judicial [...] Se os efeitos do ato recaem dentro da esfera patrimonial do agente, a legitimidade será direta; no caso contrário, indireta [...] A legitimidade extraordinária decorrente de situações de aparência jurídica é, portanto, uma subespécie da legitimidade indireta [...] poder-se-ia falar em uma legitimidade exclusiva ao lado de uma legitimidade complexa.

Calcadas as primeiras colocações sobre a legitimidade para agir, passar-se-á a analisar a classificação e entornos da legitimação extraordinária, finalizando-a com o estudo da legitimação na tutela jurisdicional coletiva.

<sup>153</sup> A solução proposta por Fredie Didier Júnior para solucionar o litisconsórcio ativo unitário é bem-vinda: “O demandante pode solicitar a intimação do possível litisconsorte unitário, para que tenha ciência do processo e tome a postura que lhe for conveniente: a) ou assuma a posição de litisconsorte ativo ulterior unitário; b) ou se cale, prosseguindo a condução do processo pelo demandante originário, que é seu substituto processual (legitimado extraordinário); c) ou adira à contestação do réu, resistindo à pretensão do demandante originário, assumindo posição semelhante à de um assistente litisconsorcial passivo e, portanto, litisconsorte unitário ulterior passivo. Nesse último caso, atuaria em nome próprio defendendo a situação jurídica afirmado pelo réu – caso, pois, de legitimação extraordinária. Acaso o demandante não solicite a intimação, nada impede que o magistrado o faça, *ex officio* ou por provocação do demandado. Seria espécie de intervenção *iussu iudicis*. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 243-244).

### 2.2.1 A LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA

Na legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) não há total coincidência entre a situação legitimante e as situações jurídicas deduzidas em juízo. O legitimado extraordinário, porém, atua como parte no processo, seja no polo ativo ou passivo, e fica, assim, submetido ao regime desta relação jurídica. É possível afirmar que o substituto atua em nome próprio, mas não que em defesa exclusiva de direito alheio, pois o objeto litigioso pode se referir também ao legitimado extraordinário, momento em reunirá as situações jurídicas de legitimado extraordinário e ordinário. Pode-se, então, sustentar que ao legitimado extraordinário é conferido o poder de conduzir processo que versa sobre direito sobre o qual não é titular, ou, destaca-se, não seja o único titular. Dessa forma a legitimação extraordinária é uma forma excepcional de legitimação, somente conferida por lei (artigo 6º do Código de Processo Civil), e, jamais se admitindo tal atribuição de forma convencional<sup>154</sup>.

Ao legitimado extraordinário são conferidos poderes processuais relacionados à gestão do processo, via de regra, não se confundindo com poderes de disposição de direito material. A ressalva é porque a lei varia quanto a esses poderes, como, por exemplo, o § 6º do artigo 5º da Lei Federal número 7.347/85, que dispõe: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.” (BRASIL, 1985). Trata-se, inexoravelmente, de negócio jurídico de direito material tal compromisso de ajustamento de conduta. Isso porque a condução do processo pelo substituto estende os efeitos da coisa julgada ao substituído, a exceção de disposição em lei expressa nesse sentido – recomenda-se a leitura do artigo 103 do Código de Defesa do consumidor.<sup>155</sup>

O uso sinônimo das expressões substituição processual e legitimação extraordinária não é aceita unanimemente. Para parte da doutrina, notadamente Donaldo

<sup>154</sup> Para Barbosa Moreira e Arruda Alvim, conforme se trabalhará no tópico destinado à tutela coletiva, é possível que a atribuição de legitimação extraordinária decorra do ordenamento jurídico, visto como sistema, sem que haja previsão expressa de lei.

<sup>155</sup> “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1990).

Armelin, a substituição processual ocorre quando efetivamente haja a substituição do legitimado ordinário pelo extraordinário, nos casos de legitimação autônoma e exclusiva, por exemplo, nos casos em que este último age frente à omissão do legitimado ordinário:

Realmente, se considerada a substituição processual como uma efetiva substituição de legitimado ordinário pelo extraordinário, esta só poderá ocorrer nos casos em que tal legitimidade extraordinária seja autônoma e exclusiva [...] ou, ainda, excepcionalmente, naquelas hipóteses de legitimidade concorrente, em que o legitimado extraordinário, por omissão do legitimado ordinário, ajuizou ação na qual este não ingressou como litisconsorte. Porque, ontologicamente, é impossível a coexistência de substituição, compreendida no sentido supra, e litisconsórcio com o substituído. Assim, a denominação *substituição processual* deve ficar reservada àquelas espécies de legitimidade extraordinária tão-somente, desaparecendo, destarte, o problema terminológico. (ARMELIN, 1979, p. 132-133) <sup>156</sup>.

Para efeitos processuais, adotaremos as expressões substituições processual e legitimação extraordinária como sinônimas. A classificação extraordinária pode ser dividida inicialmente em autônoma e subordinada, segundo extraído de BARBOSA MOREIRA (1969, p. 10-11). Na autônoma, o substituto está autoriza a conduzir o processo sem a participação do titular da relação substancial deduzida – o que evidentemente não ocorre na subordinada e que possibilita o legitimado extraordinário atuar, basicamente, em posições processuais acessórias (assistência litisconsorcial do legitimado ordinário) - e pode ser dividida em legitimação extraordinária e exclusiva e legitimação extraordinária concorrente. Na exclusiva, que como dito, é subdivisão da legitimação extraordinária autônoma, somente o legitimado extraordinário pode ser a parte principal no processo. Quanto ao substituído, nada resta senão intervir como litisconsorte facultativo ou assistente litisconsorcial (ulterior), se por outros motivos já não integrava a demanda:

É o que acontecia com as ações relacionadas aos bens dotais, cujo exercício somente ao marido caberia, embora os bens pertencessem à mulher (art. 289, III, do CC-1916). É o que acontece em relação ao agente fiduciário dos debenturistas, o único autorizado a ir a juízo, por força do art. 68, § 3º, da Lei n. 6.404/76, e ao alienante de coisa litigiosa, no caso de seu adversário não concordar com o ingresso do adquirente no processo, em seu lugar (sucessão processual voluntária, art. 42, §§ 1º e 2º, do CPC-73). É possível ao titular do direito atuar como litisconsorte facultativo ou assistente litisconsorcial do legitimado extraordinário; o que não se admite é a instauração do contraditório em a participação do legitimado extraordinário, que é suficiente e necessária à formação do processo. Ademais, não se pode aceitar a proibição absoluta de participação do titular da situação litigiosa, sob pena de ofensa

<sup>156</sup> Outras linhas são tratadas em PONTES DE MIRANDA *apud* DIDIER JÚNIOR (2005, p. 249): Designação sugerida por Chiovenda (*Instituições de direito processual civil*, Campinas: Bookseller, 1998, v. 2, p. 301) e criticada por Pontes de Miranda, “exatamente ‘substituição’ é o que não se dá. (...) Desde que passamos a concepção da relação jurídica processual como publicística, perdeu a significação, que poderia ter, de ‘anormalidade’, a não-coincidência entre os dois sujeitos; por outro lado, a distinção entre a pretensão à tutela jurídica e a pretensão de direito material ainda mais viva põe a irrelevância da especialidade. Dizer ‘substituído’ o titular da relação de direito material é persistir, inconscientemente, e tal foi o caso de Giuseppe Chiovenda, na atmosfera da concepção privatística” (*Tratado das ações*, t. 1, cit., p. 267).”



à garantia da inafastabilidade da jurisdição. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 250-251).<sup>157.158.159</sup>

A legitimação extraordinária autônoma exclusiva é um dos mais importantes mecanismos da tutela coletiva brasileira, pois deixa a titularidade definida em lei, o que não acontece em outros regramentos. Tratar-se-á deste assunto no próximo tópico. Para a legitimação extraordinária concorrente não há diferença se o titular da situação litigiosa, o substituto, ou até mesmo ambos, tenham proposto a ação. Todas as hipóteses são permissivas. O que há de mais importante nesta classificação é que pode haver legitimação concorrente havendo apenas legitimados extraordinários, como na ação coletiva – artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

A legitimação concorrente pode ser subsidiária, nos casos em que o legitimado só puder demandar em vista da inércia do legitimado ordinário, ou primária, caso a demanda possa ser proposta independentemente do comportamento do legitimado extraordinário<sup>160</sup>. Uma última consideração desta classificação, extraída de Fredie Didier Júnior (2005 p. 250-253), é que a legitimação subordinada pode ser atribuída ao próprio titular do direito litigioso, situação que também ocorre na legitimação exclusiva, visto que nesta última o titular do direito litigioso poderá intervir como assistente litisconsorcial - hipótese de legitimação ordinária subordinada, pois -, fato que as distingue.

Concretizada a classificação da legitimação extraordinária, podemos sistematizá-la em quatro categorias genéricas, tratadas por motivações comuns, capazes de albergar a generalidade de casos. Adota-se a sistematização de Donaldo Armelin (1979, p. 122):

[...] pode-se enfocar a vertente problemática [a legitimação extraordinária] sob quatro ângulos básicos: a) casos de legitimidade extraordinária outorgada em função da predominância do interesse público sobre o particular, máxime no que tange a direitos indisponíveis; b) casos de legitimidade extraordinária atribuída em decorrência de comunhão de direitos ou conexão de interesses onde coexistem legitimidade ordinária e extraordinária; c) casos em que, em decorrência de

<sup>157</sup> Dispõe o caput e inciso III do artigo 289 do Código Civil de 1916: “Art. 289. Na vigência da sociedade conjugal, é direito do marido: [...] III. Usar das ações judiciais a que derem logro.” (BRASIL, 1916).

<sup>158</sup> Já o artigo 68, § 3º da Lei n.º 6.404/76: “Art. 68. O agente fiduciário representa, nos termos desta Lei e da escritura de emissão, a comunhão dos debenturistas perante a companhia emissora. [...] § 3º O agente fiduciário pode usar de qualquer ação para proteger direitos ou defender interesses dos debenturistas, sendo-lhe especialmente facultado, no caso de inadimplemento da companhia: a) declarar, observadas as condições da escritura de emissão, antecipadamente vencidas as debêntures e cobrar o seu principal e acessórios; b) executar garantias reais, receber o produto da cobrança e aplicá-lo no pagamento, integral ou proporcional, dos debenturistas; c) requerer a falência da companhia emissora, se não existirem garantias reais; d) representar os debenturistas em processos de falência, concordata, intervenção ou liquidação extrajudicial da companhia emissora, salvo deliberação em contrário da assembléia dos debenturistas; e) tomar qualquer providência necessária para que os debenturistas realizem os seus créditos.” (BRASIL, 1976).

<sup>159</sup> O código de Processo Civil, por sua vez, dispõe nos parágrafos 1º e 2º do artigo 42: “Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes. § 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária. § 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente.” (BRASIL, 1973).

<sup>160</sup> Fredie Didier Júnior exemplifica a legitimação primária pela “possibilidade de anulação do casamento pelo Ministério Público ou interessados (art. 1.549 do CC-2002)” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 251-252) e a primária “as hipóteses do art. 3º da Lei Federal n. 1.533/51, do art. 16 da Lei Federal n. 4.717/65 e do art. 159, § 3º, da Lei Federal n. 6.404/76”. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 252).



vinculação, em função do direito questionado, atribui-se tal legitimidade tanto ao legitimado ordinariamente como ao legitimado extraordinariamente; d) casos em que se outorga a legitimidade extraordinária a um terceiro, em decorrência de uma situação jurídica por este ocupada que lhe impõe, direta ou indiretamente, deveres de guarda e conservação de direitos alheios.

Quanto à primeira categoria, cite-se como exemplo o “art. 82 do CDC e art. 5º da Lei Federal n. 7.347/85” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 260)<sup>161-162</sup>, além da legitimidade extraordinária para requerer inventário e partilha, conforme artigo 988, inciso VIII, do Código de Processo Civil<sup>163</sup>. Nas hipóteses de legitimidade extraordinária concorrente oriunda da comunhão de direitos ou conexão de interesses, onde coexistem legitimidade ordinária e extraordinária, exemplifica-se com a ação reivindicatória proposta por um só condômino ou na ação de anulação assemblear.

A terceira hipótese geralmente é vinculada a “uma relação jurídica de sucessão no direito questionado. É o que sucede, v.g., na hipótese de sucessão de partes no processo civil, quando, alienado o objeto da ação, o adquirente se vê obstado de ingressar no feito por oposição do *ex adverso* do alienante” (ARMELIN, 1979, p. 126).

Por fim, da situação jurídica em que há outorga de legitimidade extraordinária a terceiro em decorrência de seu dever, direto ou indireto, de guarda e conservação de direitos alheios, há o artigo 557 do Código Comercial<sup>164</sup> brasileiro, que autoriza o capitão do navio ajuizar ação de embargo (arresto), quando da falta de pagamento de frete, avarias grossas ou despesas a cargo do proprietário da mercadoria transportada, ou seja, quando o capitão não fosse proprietário do navio ou credor do frete.

<sup>161</sup> Quanto ao dispositivo consumerista: “Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.” (BRASIL, 1990). Trata-se, *in casu*, do Título II do Código de Defesa do Consumidor, a teor da defesa do consumidor em juízo.

<sup>162</sup> Já a Lei federal 7.347/85: “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes. § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. § 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.” (BRASIL, 85).

<sup>163</sup> “Art. 988. Tem, contudo, legitimidade concorrente: [...] VIII - o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;” (BRASIL, 1973).

<sup>164</sup> “Art. 527 - O capitão não pode reter a bordo os efeitos da carga a título de segurança do frete; mas tem direito de exigir dos donos ou consignatários, no ato da entrega da carga, que depositem ou afiancem a importância do frete, avarias grossas e despesas a seu cargo; e na falta de pronto pagamento, depósito, ou fiança, poderá requerer embargo pelos fretes, avarias e despesas sobre as mercadorias da carga, enquanto estas se acharem em poder dos donos ou consignatários, ou estejam fora das estações públicas ou dentro delas; e mesmo para requerer a sua venda imediata, se forem de fácil deterioração, ou de guarda arriscada ou dispendiosa. A ação de embargo prescreve passados 30 (trinta) dias a contar da data do último dia da descarga.” (BRASIL, 1850).

A doutrina nacional e estrangeira, notadamente a tedesca, elaboraram teorias para explicar/legitimar as situações em que não há correspondência entre a situação legitimante e a relação substancial deduzida, especialmente porque a até então legitimidade ordinária era insuficiente para tanto. Os alemães desenvolveram, assim, o conceito de “direito de conduzir o processo” (*Prozessführungsrecht*). Trata-se de uma situação jurídica de legitimação totalmente desvinculada do direito material deduzido, sendo que a diferença entre os dois surgiria “quando o direito material separa a titularidade do direito material do direito de conduzir o processo, retirando este do titular daquele direito e atribuindo-o a um terceiro” (LENT *apud* ARMELIN, 1979, p. 115). Ocorre que esta legitimidade criada é despicienda. Não passaria, no Processo Civil brasileiro, de uma espécie de legitimidade extraordinária:

A tônica da doutrina alemã é pois, considerar o direito de conduzir o processo como equiparado à substituição processual, remarcando, porém, a sua distinção relativamente à legitimidade *ad causam*, distinção essa com reflexos práticos consideráveis. [...] Inexistindo, em nosso sistema jurídico processual, essa distinção de ordem prática, efetivamente relevante, a aceitação da elaboração doutrinária em tela se torna despicienda [...] é perfeitamente deslindada através do instituto da substituição processual, que nada mais representa, no plano científico, do que uma forma específica da legitimidade, a chamada legitimidade extraordinária, onde se reconhece a terceiro a possibilidade de atuar em nome próprio na defesa de direito alheio, na esfera processual. [...] Não pode, portanto, esse instituto ser considerado como afim da legitimidade, mas, pura e simplesmente, uma de suas espécies. (ARMELIN, 1979, p. 116).

Assim, o criado “direito de conduzir o processo” corresponde à legitimação extraordinária, ou, para alguns, uma espécie da legitimação extraordinária: a substituição processual. O direito de conduzir o processo, do mesmo modo, poderia ser trasladado à legitimação ordinária, e, novamente, criaria uma situação de equiparação: o direito de conduzir o processo – ou poder de conduzir o processo, conforme conceituação já tratada – pode ser encarado como sinônimo de legitimação ordinária. Apenas se ressalta que as origens e consequências são totalmente diferentes nas legitimações ordinária e extraordinária, quando cotejadas sobre a óptica do “direito de condução do processo”. O direito de conduzir o processo será novamente tratado na tutela coletiva.

A legitimidade, consoante a doutrina em espécie (*Prozessführungsrecht*), seria questão de mérito e, o direito de conduzir o processo, um requisito processual. A situação é percebida na processualística brasileira, visto que, como dito, é comum se afirmar que é em relação substituto que se examina preenchimento dos pressupostos processuais subjetivos (ASSIS, 2003, p. 213). Não é somente o que ocorre. A análise dos pressupostos processuais subjetivos (na ordem da existência, a capacidade jurídica do autor e, dos requisitos de

validade, a capacidade processual e a capacidade postulatória das partes) não é suficiente para configurar a legitimidade *ad causam* extraordinária da parte, pois a análise da condução do processo (legitimado extraordinário) não prescinde da apreciação da relação substancial deduzida, mesmo nos casos em que aquele não seja o titular da relação litigiosa.

Trata-se agora, com novas feições, da “pertinência temática” (BUZAID, 1956, p. 89) – como na forma da representatividade adequada para os processos coletivos. A pertinência temática é um exercício cognitivo capaz de avaliar se o legitimado extraordinário, em relação à situação substancial discutida, está apto para conduzir o processo. Caso assim não o fosse, não haveria como explicar, por exemplo, a classificação da substituição processual como autônoma, exclusiva e concorrente e simples nas demandas coletivas, pois todos legitimados extraordinários taxados em lei teriam legitimidade para agir em juízo em quaisquer relações jurídicas deduzidas, o que não acontece.

O que se está sustentando é que a decisão que aprecia a legitimidade para agir do legitimado extraordinário deverá produzir julgamento de mérito, porque analisada a pertinência temática do poder de condução do substituto em relação a determinado objeto litigioso posto, ou seja, o objeto litigioso é, de todo modo, apreciado e há uma decisão sobre ele incidente. Desconsiderar o fato é tornar inefetiva a atuação jurisdicional e possibilitar que reiteradas decisões sobre um mesmo assunto tenham que ser proferidas, simplesmente porque tenham um objeto de incidência diferenciado: uma legitimação anômala. Em sentido semelhante:

A questão de mérito será diversa da do próprio mérito, mas não deixará de ter natureza de mérito, em que sua análise suplicará coisa julgada material. [...] não se pode dizer que não se analisou o mérito; afinal, a legitimação extraordinária está sempre imbuída de uma implícita legitimação ordinária, ou seja, não há legitimação extraordinária sem fulcro em uma legitimidade ordinária. Portanto, se nesta ocorre análise de mérito e esta é pressuposto lógico de verificação anterior para a constatação da regularidade daquela, analisa-se o mérito. Não sendo tal ponto suficiente à explicação da resolução meritória, afinal, será possível existir legitimidade ordinária e estar ausente a legitimidade extraordinária [...]. (GOMES; SILVA, 2012, p. 200).

Os pontos aqui levantados são importantes para definir que, mesmo que se entenda que a apreciação da legitimação extraordinária deva ser vista sob uma perspectiva exclusivamente processual, importa notar que essa decisão somente é possível se for analisada a relação substancial deduzida, já que o poder de condução processual não é um atributo genérico como a capacidade processual. É justamente essa relação com o direito material que define ser a decisão sobre legitimidade extraordinária uma decisão de mérito, posto que não

atinente à titularidade do direito material discutido. A cognição judicial necessária para decidir sobre essa espécie de legitimação não difere daquela que analisa a relação de titularidade do substituído com a situação substancial deduzida em juízo: ambas somente são confeccionadas face ao objeto litigioso, como toda decisão meritória.

Há outra corrente, igualmente abolicionista, porém, entendendo que a legitimação extraordinária deveria ser trasladada para os pressupostos processuais<sup>165</sup>, por não haver julgamento do objeto litigioso do processo, o que de fato ocorre. Como defendido, não é a posição adotada – voltar-se-á a discutir o assunto no capítulo seguinte e se comprovará que os efeitos processuais extraprocessuais buscados por ambas as correntes é o mesmo: a indiscutibilidade externa da decisão, mesmo que processual.

## **2.2.2 A LEGITIMAÇÃO NA TUTELA COLETIVA**

A concepção genérica de uma legitimação de caráter exclusivamente processual, sem qualquer vínculo com o direito subjetivo material, é uma das maiores complicações do estudo da tutela coletiva. Isso porque a busca do legitimado capaz de representar os interesses de um grupo em juízo adequadamente é um “verdadeiro ponto de resistência no transplante da tutela individual, em que o indivíduo é soberano sobre o direito de demandar e defender, e a tutela metaindividual, na qual o interesse público exige uma nova configuração desses poderes.” (DIDIER JÚNIOR, 2012b, p. 197). A legitimação coletiva é estudada pela doutrina por três correntes principais: a) a legitimação extraordinária por substituição processual; b) a legitimação ordinária das formações sociais; e c) a legitimação autônoma para condução do processo (espécie de legitimação extraordinária)<sup>166</sup>.

A legitimação extraordinária por substituição processual em ações coletivas é liderada pelos influentes passos de Barbosa Moreira – é a concepção dominante - e significa que, em suma, esta legitimação decorre do sistema jurídico, não dependendo de expressa autorização legal para que o substituto - diverso, pois, do titular do direito – conduza um determinado processo. Não seria necessária a expressa e taxativa menção do legitimado, bastando a sua simples menção no sistema normativo para que se configure a sua legitimação extraordinária. A posição é defendida também por José Manoel Arruda Alvim (1975, p. 426):

---

<sup>165</sup> Nesse sentido, Fredie Didier (2005, p.215-216).

<sup>166</sup> Extraído de Fredie Didier Júnior (2010b, p. 198).

O Direito brasileiro, à semelhança do Direito italiano vigente, conquanto tenha colhido o instituto da substituição processual, o fez *negativamente*, de forma que a ocorrência efetiva de *substituição será sempre excepcional*, só nos casos em que a lei expressamente o admita. Conseqüentemente, devemos advertir liminarmente, há que se *afastar a idéia da chamada substituição processual voluntária*, que, na doutrina do Código de 1931, era, por alguns, admitida. [...] Entretanto, *pode-se admitir a substituição processual mesmo que não prevista expressamente no texto legal*, mas quando deflue do sistema [...] A palavras *lei*, no art. 6º, *deve ser entendida como sistema*, no que se compreende decreto, lei complementar etc [...].

A doutrina da substituição processual na tutela coletiva resultaria, portanto, do sistema, dispensando a obrigatoriedade de disposições expressas, ao revés do “sistema italiano (art. 81, CPC italiano)” (DIDIER JÚNIOR, 2012b, p. 199). De outro norte, a legitimidade ordinária das formações sociais faz uma leitura ampla do artigo 6º do Código de Processo Civil<sup>167</sup>, de forma a conferir àquelas formações sociais legitimação (ordinária) para agir em defesa de seus objetivos institucionais, pois seriam também titulares do próprio direito alegado. Assim, as formações sociais, quando atuam em defesa de um grupo, atuam em nome próprio, razão porque lhes é conferida legitimação ordinária. A corrente é composta de Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, este último qualificando-a, de forma semelhante ao exposto, de legitimação ordinária das entidades civis para defesa de direitos superindividuais, quando ligados a fins associativos.<sup>168-169</sup>

Importante notar que ambas as teorias foram trabalhadas antes mesmo dos principais diplomas que regulamentam a legitimação na tutela coletiva: a Lei Federal número 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei Federal número 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Dessa forma, haja vista, pela primeira vez, a previsão legal para que diversos entes tenham legitimidade para conduzir situações litigiosas as quais não são os titulares no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, bem como o sistema das ações coletivas previstos no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, as correntes estão ultrapassadas e a legitimação por substituição processual é a aceita. A última corrente, da legitimação autônoma, comporta os mais importantes desdobramentos.

Criada com base na teoria alemã do direito de conduzir o processo (*Prozessführungsrrcht*), os fundamentos da legitimação autônoma dissociam qualquer relação entre o poder atribuído a terceiro para condução do processo com o direito material nele

<sup>167</sup> “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” (BRASIL, 1973).

<sup>168</sup> Auferível em Watanabe (1984, p. 90).

<sup>169</sup> Ainda, sustenta que a defesa dos direitos difusos é ordinária Paulo de Tarso Brandão (p. 116-117): “Pode até, numa evolução legislativa, ser ampliado o rol dos legitimados para a Ação Civil Pública, incluindo, entre eles, o cidadão, mas nem por isso ter-se-ia modificada a natureza dessa legitimação, isto é, o cidadão também não agiria em função da cota-parte que efetivamente possui mas por uma autorização legal. Também quando qualquer dos interesses de natureza igual àqueles tutelados através de ação civil pública seja defendidos via outros instrumentos, como a ação popular ou ação direta de inconstitucionalidade, a legitimação é ordinária simplesmente porque ela decorre da lei e não da titularidade do interesse deduzido em juízo.”

discutido. Trata-se, portanto, de uma legitimação objetiva – autorização pelo direito objeto –, sem vinculação ao direito material deduzido em juízo. É justamente o conceito tratado por Friedrich Lenz, que separa a titularidade do direito material do direito de conduzir o processo, retirando este do titular e atribuindo-o a terceiro<sup>170</sup>. A teoria é um desdobramento interpretativo da própria legislação alemã, que, buscada na italiana, decorre da noção de legitimação vinculada à titularidade do direito e não admite, dessa forma, abertura à proteção de direitos coletivos de titularidade indeterminada.

É o que se extrai do artigo “24 da Constituição italiana, primeira parte: ‘Todos podem recorrer em juízo para *proteger os próprios direitos e interesses legítimos*’.” (DIDIER JÚNIOR, 2010b, p. 202-203). A terminologia “próprios direitos e interesses legítimos” revela os contornos fechados da legitimação italiana – situação que também se verifica a partir do artigo 19 da Constituição alemã –, e fez com que as doutrinas nacionais, a exemplo do *Prozessführungsrecht*, buscassem elementos alienígenas ao sistema normativo para legitimar a defesa dos direitos coletivos. Nestas verdadeiras molduras legislativas, criou-se a denominada legitimação ordinária, que nada mais é que uma tentativa de legitimar, por meio das finalidades associativas e institucionais, o poder de condução de um processo pelo substituto, que, *a priori*, não é o titular da uma relação substancial deduzida. E, como o titular do direito de condução do processo nesta teoria é estranho à relação substancial deduzida, bem como o fato de haver necessidade de disposição expressa em lei para a substituição processual, nada restou às doutrinas ítalo-germânicas senão criar uma forma de legitimação adaptada<sup>171</sup>, visando a superar o obstáculo da ausência de texto legal que atribuísse legitimação para condução das ações coletivas.

Isso explica o porquê da criação do “direito de conduzir o processo” pelos alemães, bem como o quão dispensável seria trasladar esse instituto para a legislação pátria, que, por sua vez, autoriza terceiro pleitear, “em nome próprio, direito alheio” (BRASIL, 1973). As críticas de Fredie Didier Júnior (2012b, p. 201-202) à doutrina estrangeira são, novamente, bem-vindas:

Revela-se incorreta a tese da *legitimação ordinária*, que poderia advir do entendimento de que os legitimados para agir deduzem *interesse próprio* em juízo e, ao mesmo tempo, *interesse de todos que se identificam no coletivo*, para obtenção de um provimento de mérito extensível à coletividade. Ocorre que da adoção dessa teoria resultaria “*irrefutável a necessidade da pesquisa em torno das finalidades estatutárias* dos entes que se afirmam legitimados para agir em juízo, eis que é de

<sup>170</sup> (LENZ *apud* ARMELIN, 1979, p. 115).

<sup>171</sup> Nesse sentido, Fredie Didier Júnior (2012b, p. 201-203).



sua constatação que ressalta a afirmada titularidade da lide e, portanto, a *legitimação ordinária*". Assim, *estaria reduzida a participação e aplicação das ações coletivas*. Não se trata de legitimação ordinária. Por outro lado, ocorrendo um reconhecimento, pelo direito, da posição de titular de direito subjetivo ao sindicato, entidade de classe ou associação, em decorrência da sua afinidade temática com o direito objetivo violado (meio ambiente etc.) dar-se-á legitimação ordinária para impetrar ação ordinária individual ou algum outro procedimento especial cabível, por exemplo, o mandado de segurança individual (caso anômalo).

O sistema jurídico brasileiro adotou a substituição processual exclusiva e autônoma, o que quer dizer que a titularidade dos direitos coletivos foi definida em lei<sup>172</sup>, ao revés do que dispõe os regramentos alemão e italiano. É o que prevê o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Esses agrupamentos humanos (pessoas indeterminadas, comunidade, coletividade ou grupo de pessoas, titulares de direitos individuais abstratamente considerados) não têm personalidade judiciária, o que os impossibilita de atuar *de per se* na defesa de seus direitos. Em razão disso, a lei determina aos legitimados coletivos o poder de atuar em nome próprio na defesa desses direitos. A legitimação coletiva é conferida, por lei, a entes públicos, provados e despersonalizados, bem como ao cidadão na ação popular (Lei Federal número 4.717/65).

A legitimação coletiva dos legitimados extraordinários é autônoma, exclusiva e concorrente e simples. Autônoma porque o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do substituído (titular do direito litigioso); exclusiva porque somente o legitimado extraordinário pode ser parte no processo – o substituído somente pode intervir no processo como assistente litisconsorcial,

<sup>172</sup> É importante explicar que “os direitos transindividuais não possuem titular determinado, antes pertencem a uma comunidade ou coletividade (a calhar, o enunciado do parágrafo único do art. 1º da Lei Federal n. 8.884/94, que regula a proteção ao abuso de concorrência: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”). É possível falar, portanto, em um sujeito coletivo (o agrupamento humano)”. (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 262).



especificamente quando se tratar de direitos individuais homogêneos (artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor<sup>173</sup>).

As duas classificações supra referem-se ao rol de legitimados. Por outro lado, entre os legitimados extraordinários a legitimação é concorrente (co-legitimação), vez que mais de um sujeito está autorizado a discutir em juízo uma determinada situação substancial. A legitimação nas ações coletivas, basicamente, é distribuída entre: qualquer cidadão, por força da ação popular; pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, partidos políticos, entre outros) e, por fim, órgãos do Poder Público.

Essa legitimação é ainda disjuntiva, pois a entidade legitimada a exerce de forma independente da vontade dos demais co-legitimados, podendo propor a ação sozinha, sem a necessidade de autorização dos demais ou por qualquer forma de litisconsórcio. Não é demais lembrar que o litisconsórcio, mesmo na tutela coletiva, só existe no polo passivo, sob pena de infringir o direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal). Também, a legitimação pode ser classificada de simples, quando o substituto atuar sozinho no processo, e de complexa, em havendo necessidade de formação de litisconsórcio.

Ocorre que, diante da legitimação concorrente dos legitimados extraordinários, surge o impasse de qual ente teria legitimidade – ou a “melhor legitimidade” - para conduzir uma determinada situação litigiosa. Deveras, desde o início, como aduzir que um legitimado extraordinário possa representar um determinado agrupamento humano em uma dada questão coletiva? Até porque a submissão do substituído, no caso um agrupamento humano, à coisa julgada é decorrência do princípio da igualdade. Há quem sustente que a legislação estabeleça um rol taxativo de legitimados, presumindo-se, absolutamente, que seriam representados adequados – é orientação da doutrina alemã, que analisa puramente o direito de condução do processo, sem que haja investigação dos elementos substanciais da demanda. Não caberia ao judiciário, então, avaliar a representação em juízo do substituto, pois a *adequacy of representatio* decorreria de lei. O sistema da legitimidade na tutela coletiva seria, então, *ope legis*. Definitivamente, não é o que ocorre.

A atribuição de legitimidade extraordinária a um sujeito é porque esse pode defender eficazmente o direito de outrem; é situação que deve respeitar a cláusula do devido

---

<sup>173</sup> “Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.” (BRASIL, 1990).

processo legal substancial, até mesmo porque o substituído, o agrupamento humano (titular do direito), não está autorizado a atuar em juízo na sua defesa.

Baseada na experiência americana da *adequacy of representatio* (artigo 23 das *Federal Rules*), outra corrente, em grande movimentação, prevê o controle judicial sobre a legitimação coletiva em cada caso concreto, avaliando as características do legitimado, sempre à luz da situação litigiosa deduzida e de acordo com critérios gerais<sup>174</sup>. O controle dessa legitimação deve ser exercido a ponto de o substituto reunir os atributos que o tornem o representante adequado para a melhor condução do processo coletivo posto, não bastando a simples previsão legal da legitimação:

[...] devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da *representatividade adequada* devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva. A análise da legitimação coletiva (e, por consequência, da *representação adequada*) dar-se-ia em duas fases. Primeiramente, *verifica-se se há autorização legal para que determinado ente possa substituir os titulares coletivos do direito firmado e conduzir o processo coletivo*. A seguir, *o juiz fará o controle in concreto da adequação da legitimidade* para aferir, sempre motivadamente, se estão presentes os elementos que asseguram a representatividade adequada dos direitos em tela. A necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação da cláusula do devido processo legal à tutela jurisdicional coletiva. (DIDIER JÚNIOR, 2012b, p. 213).

Posto que não há norma expressa nesse sentido, a figura do representante adequado para as ações coletivas é uma garantia constitucional decorrente do devido processo legal. É por essas razões que o Ministério Público não pode ser considerado um legitimado universal, incidindo sobre a sua atuação nas demandas coletivas, o controle da representatividade adequada. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário 195.056-1/PR, decidiu que o Ministério Público não está autorizado a propor ações coletivas tributárias. A sedimentação do assunto resultou na Medida provisória número 2.180-35 de 24 de agosto de 2011, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 1º da Lei da ação Civil Pública, *in verbis*:

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de

<sup>174</sup> Vale denotar a posição de Welber Barral e Henri Clay Andrade (1999, p. 234): “O artigo 225 da Constituição Federal, portanto, deixou aberta a legitimação *ad causam*, deslocando a atenção do magistrado, não para a análise formal da legitimidade excludente (que já se afirmou, só se afina com os direito individuais), mas para a relevância social do interesse (o meio ambiente ecologicamente equilibrado). Não se trata, entretanto, da representatividade adequada do sistema norte americano. Aqui, mais importará ao estado-juiz a análise dos fatos alegados por quem requer a tutela, deslocando a investigação judicial, da pessoa que move a ação, para o bem jurídico que a ação visa proteger.”

Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (BRASIL, 1985).<sup>175</sup>

Quando houver uma norma jurídica ou entendimento consolidados no sentido de que um legitimado extraordinário não tem aptidão para representar em juízo uma determinada relação substancial coletiva, de titularidade de um agrupamento humano, não que dizer que, no sentido contrário, sempre terá legitimação para atuar em outras situações de direito material. A legitimação haverá de ser investigada em cada caso concreto, buscando o melhor substituto para representar o agrupamento humano em uma dada relação material. Tanto é que, em posição consentânea, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê a substituição do legitimado extraordinário, quando não inadequado para causa em que posto, por outro legitimado, e não extinguindo o processo sem julgamento de mérito. É o que se extrai dos §§ 3º e 8º do artigo 20 do CBPC – IBDP:

[...] § 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. [...] § 8º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3º deste artigo. (BRASIL, 2007).

Diante da relevância das causas coletivas, a extinção do processo sem apreciação de mérito porque o legitimado extraordinário não tenha aptidão para conduzir o processo adequadamente é medida ineficiente. A substituição (sucessão) da parte já existente nos casos de desistência ou abandono pelo autor na ação popular, conforme se extrai do artigo 9º da Lei Federal número 4.717/95<sup>176</sup> e do § 3º do artigo 5º da Lei Federal número 7.374/85<sup>177</sup>.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos foi elaborado por uma comissão composta por Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Anibal Quiroga Leon, Antonio Gidi, Enrique M. Falcon, José Luiz Vásquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia – é, pois, um projeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. O Anteprojeto consagra o controle judicial da tutela coletiva, estabelecendo diversos critérios a serem analisados pelo magistrado a fim de aferir a adequada representação do substituto<sup>178</sup>. Antonio Gidi, grande estudioso das

<sup>175</sup> A questão voltou a ser discutida nas instâncias extraordinárias (BRASIL – STJ – 1ª TURMA - REsp 505.303/SC - Relator Ministro Luiz Fux - DJ de 19.12.2003, p. 339), mas, independentemente de seu mérito no âmbito tributário, é a legitimação extraordinária para defesa de direitos coletivos que está sendo discutida, isso não se pode negar.

<sup>176</sup> “Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivação à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.” (BRASIL, 1965).

<sup>177</sup> “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.” [...]. (BRASIL, 1985).

<sup>178</sup> Vale a leitura parcial de seu artigo 20: “Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado; II – o membro do grupo, categoria ou

*class actions*, foi o precursor do conceito de controle judicial da representatividade adequada, conforme se extrai de sua proposta:

Artigo 3º - Requisitos da ação coletiva: [...] A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se: I – houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva; II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros; [...] III – a ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática. [...] Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores: 3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; 3.1.2 o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo; 3.1.3 a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; 3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; 3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo. (GIDI, 2003, p. 195).

Esse controle traduz-se, hoje, em um vínculo de afinidade temática entre o legitimado e o objeto litigioso, a qual o Supremo Tribunal Federal denominou de “pertinência temática”:

Ação direta de inconstitucionalidade. Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL. Falta de legitimidade ativa. - Na ADI 1.792, a mesma Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL não teve reconhecida sua legitimidade para propô-la por falta de pertinência temática entre a matéria disciplinada nos dispositivos então impugnados e os objetivos institucionais específicos dela, por se ter entendido que os notários e registradores não podem enquadrar-se no conceito de profissionais liberais. - Sendo a pertinência temática requisito implícito da legitimação, entre outros, das Confederações e entidades de classe, e requisito que não decorreu de disposição legal, mas da interpretação que esta Corte fez diretamente do texto constitucional, esse requisito persiste não obstante ter sido vetado o parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.868, de 10.11.99. É de aplicar-se, portanto, no caso, o precedente acima referido. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (BRASIL – STF – TRIBUNAL PLENO - ADI 2482/MG - Relator Ministro MOREIRA ALVES - Data de Julgamento: 01.10.2002 - Data de Publicação: 25.04.2003, p. 32).

O conceito de representatividade adequada decorre, portanto, da análise entre o poder/adequação de condução processual do substituto (situação legitimante) e o objeto litigioso deduzido. Os processos coletivos objetivam a satisfação de finalidades do interesse público, inclusive corrigindo políticas públicas errôneas ditadas pelo próprio Estado, a exemplo do que ocorreu com as ações coletivas tributárias. A representação adequada identifica-se com a finalidade da tutela coletiva, razão porque essa legitimação requer tratamento especial, sobretudo para defesa dos interesses públicos. Não é crível analisar-se a legitimação sob uma perspectiva objetiva, especialmente pela importância das relações substanciais tratadas nas demandas coletivas. É momento para uma colocação final a teor da

---

classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo [...]§ 1º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; § 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte. [...]” (BRASIL, 2007).

legitimidade *ad causam*, elaborada por Fredie Didier Júnior (2005, p. 259) de forma perspicaz, posto entenda que “a inexistência de legitimação extraordinária não leva à resolução do mérito” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 259):

Como se sabe, a legitimidade *ad causam* é a capacidade de conduzir um processo em que se discute determinada situação jurídica substancial. A legitimidade é uma capacidade que se atribui a um sujeito de direito tendo em vista a relação que ele mantém com o objeto litigioso do processo (a situação jurídica afirmada na demanda). Para que se saiba se a parte é legítima, é preciso investigar o objeto litigioso do processo, a situação concretamente deduzida pela demanda. Não se pode examinar a legitimidade *a priori*, independentemente da situação concreta que foi submetida ao Judiciário. Não existe parte *em tese* legítima; a parte só é ou não legítima após o confronto com a situação concreta submetida ao Judiciário. Essa construção auxiliar a resolver problemas sempre presentes na disciplina do processo coletivo: a) o confronto entre as correntes da legitimação autônoma para a condução do processo (Prozessführungsrrcht) e da legitimação por substituição processual; b) a dissociação entre os momentos *ope legis* e *ope judicis*, para controle da adequada representação. (DIDIER JÚNIOR, 2012b, p. 223).

A conceituação da representatividade adequada demonstra que a legitimação na tutela coletiva adentra no mérito da demanda, exposição aceita mesmo por aqueles que entendam tratar-se de uma “análise puramente de condução do processo, sem que haja investigação dos fundamentos da demanda” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 259-260). Entendemos desarrazoado conceder tratamento processual a esta questão pelo simples fato de não julgar o objeto litigioso, e, por isso, ser relegada ao juízo de admissibilidade. A legitimação extraordinária é julgada em face do objeto litigioso, assim como é tratada a titularidade em relação aos demais elementos desse mesmo objeto litigioso: o exercício cognitivo de ambas, por mais que tenham objetos diferentes, não merece tratamento disforme. Deveras, a problemática é maior, a coisa julgada formal deveria ser entendida como a indiscutibilidade externa das decisões cujo conteúdo é formal (artigo 267 do Código de Processo Civil).

## 2.3 O INTERESSE DE AGIR<sup>179</sup>

Algumas premissas merecem ser resgatas. As três condições da ação referem-se aos três elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido), e, por decorrência, aos três elementos da relação substancial deduzida (sujeitos, fato e objeto). Se a legitimidade *ad causam* refere-se ao sujeitos e às partes, bem como a possibilidade jurídica do pedido ao objeto e aos pedidos, o interesse de agir é tratado sob a óptica da causa de pedir e do fato. Para parte da doutrina, o interesse de agir seria a única e verdadeira condição da ação já que “a legitimidade é apenas um dos requisitos sem os quais não há interesse de agir” (DINAMARCO, 2001, p. 305) e, quanto à possibilidade jurídica do pedido, o próprio Liebman a trasladou para o interesse de agir<sup>180-181</sup>.

Na 3ª edição do seu *Manuale di diritto processuale civile*, Liebman abandonou a categoria “impossibilidade jurídica do pedido”. A partir daí, ao tratar do interesse de agir, passou a dizer que “seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder ou negar o provimento postulado: quando o provimento não pudesse ser proferido, porque não admitido por lei”. (LIEBMAN *apud* MARINONI, 2010, p. 173).

Tal posição também ocorreria na legitimação extraordinária coletiva, vez que a pertinência temática seria um requisito a ser examinado à luz do interesse de agir. Ocorre que o interesse de agir na tutela coletiva deve ser examinado em relação à situação jurídica litigiosa posta – o mesmo vale para a possibilidade jurídica do pedido. Ao substituto é

<sup>179</sup> O interesse de agir entrou em vigor no Código Civil de 1916, como requisito para propor ou contestar qualquer ação. À época, sob uma visão clássica sobre o direito de ação, havia confusão entre o interesse substancial – podendo ser até visto como um interesse moral ou econômico: “Foi em 1916, quando entrou em vigor o atual diploma civil brasileiro, que o interesse passou a ser exigido em todo o território nacional, como requisito para propor ou contestar qualquer ação. Prevalecia, nesta época, a concepção clássica, civilista ou imanentista, sobre a natureza jurídica da ação, segundo a qual *a todo direito corresponde uma ação, que o assegura* (art. 75 do CC). É esta a razão pela qual o interesse, segundo a lei civil, poderia ser econômico ou moral (CC, art. 76, *caput*), e, neste último caso, só haveria autorização para propor a ação, quando se referisse diretamente ao autor ou à sua família (CC, art. 76, parágrafo único). Havia, neste ponto, uma nítida confusão entre o interesse substancial, núcleo do direito subjetivo invocado em juízo, que poderia ser econômico ou moral, e o interesse de agir condição da ação, que é sempre jurídico e processual. [...] Todavia, no vigente Código de Processo Civil brasileiro, tal contradição foi dissipada, exigindo-se, em seu art. 3.º, para propor ou contestar ação, além da legitimidade, o interesse, sem atribuir-lhe qualquer adjetivação. Nesse sentido, valeu-se nosso legislador da redação utilizada no art. 100 do vigente Código italiano de 1942, derivado do art. 36 do anterior diploma italiano, de 1865, acrescentando, apenas, a legitimidade, como condição da ação.

<sup>180</sup> Sobre a abrangência do interesse de agir, assenta Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 123): “[...] na Itália, conforme Carpi, Taruffo e Colesanti, ainda se discute sobre o âmbito de aplicação do interesse de agir, pois, enquanto para alguns a norma contida no art. 100 do Código italiano exprime um princípio geral, válido para todos os processos e ações, outros (Attardi, por exemplo) sustentavam que sua aplicação resulta evidente apenas em algumas ações, havendo uma tese intermediária que reconhece apenas a pouca relevância prática do interesse de agir nas ações condenatórias, constitutivas e executivas. Pensamos que tanto o art. 100 do Código italiano quanto o art. 3º do Código brasileiro não deixam dúvidas de que o interesse de agir constitui exigência geral [...] Pouco importa se o art. 3º do diploma processual brasileiro encontra-se inserido no livro concernente ao processo de conhecimento, pois o legislador pátrio não seguiu a técnica da adoção de uma parte geral, consagrada, por exemplo, em nosso Código Civil. Nesse sentido, acentua Barbosa Moreira que o vigente Código brasileiro e o Código do Vaticano constituem duas raras exceções à regra, pois preferiram prescindir de uma “parte geral”, para incluírem disposições de aplicação genérica no livro destinado à disciplina do processo de conhecimento.

<sup>181</sup> Assim, outra colocação de Fredie Didier Júnior (2005, p. 280) merece ser posta: O conceito de interesse de agir é lógico-jurídico, e não jurídico-positivo, “exatamente porque não decorre de um específico ordenamento jurídico, não variando de acordo com as definições empregadas por cada sistema normativo, sendo, ao contrário, uniforme e constante em todos os ordenamentos. Se sua inobservância acarretará a extinção do processo sem ou com julgamento de mérito, é problema que, realmente, será disciplinado pelo ordenamento jurídico respectivo. Só que tal problema se insere no âmbito dos efeitos, das consequências, dos consectários da ausência do interesse de agir, não dizendo respeito ao seu conceito”. Trata-se de conceito formulado pela ciência jurídica.



avaliada a capacidade/adequação de condução do processo, sendo que seu interesse é o da resolução de conflitos. Pode-se defender, nestes termos, que “a substituição processual independe da existência ou não de um específico interesse processual ou material do substituto” (DIDIER JÚNIOR, 2012b, p. 212).

A legitimação anômala desloca a análise da legitimidade ao substituto, mantendo, porém, a verificação das demais condições da ação em relação à situação substancial deduzida – reitera-se que a titularidade, via de regra, não se confunde com a situação legitimante. De todo modo, a análise das condições da ação como mero desdobramento do interesse de agir é perfunctória, já que aquele é verificado sobre a causa de pedir: os elementos da ação, posto se comuniquem, são coisas diferentes – a diferenciação entre estes, esclarece-se desde já, nem sempre é tarefa das mais fáceis.

A implicação ganha importância, pois se conclui que o interesse de agir faz-se diante da situação deduzida em juízo, *in concreto*. Não existe, pois, interesse de agir em tese, sempre estará relacionado com a situação jurídica litigiosa:

É por isso que não se justifica constitucionalmente, à luz do direito fundamental à inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da CF/88), qualquer regra legal que condicione o exercício do direito de agir a um prévio esgotamento de instâncias extrajudiciais, a pretexto da demonstração do interesse de agir. Não se pode, *a priori*, definir se há ou não interesse de agir. O legislador não tem esse poder de abstração. [...] A Constituição passada permitia que, em relação a algumas matérias, se impusesse o esgotamento obrigatório das instâncias administrativas antes do ingresso no Judiciário – art. 153, § 4º, da CF/69. A CF/88 não repetiu a ressalva. A mudança na redação dos dispositivos afasta qualquer interpretação no sentido de que esta imposição perdure nos dias atuais. A única imposição de esgotamento de vias extrajudiciais ocorre nas questões desportivas. Não mais se admite a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 279-280).<sup>182</sup>

O interesse de agir deve ser analisado *in concreto*, justificando, o autor, se for o caso, o porquê não se utilizou de um procedimento administrativo, ou por que não esperou a sua respectiva decisão ante a propositura da demanda judicial. Deve, assim, demonstrar seu interesse de agir, comprovando a necessidade e a utilidade da intervenção judicial.

Antes de prosseguirmos, há de se afastar qualquer aparência de a condição da ação em análise se restrinja ao autor. O interesse de agir do réu está tipificado no artigo 3º do Código de Processo Civil, que prescreve “Para propor ou contestar ação é necessário ter

<sup>182</sup> Em outro sentido, Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 116): “Pensamos, entretanto, que se a parte não fizer requerimento prévio à Administração ou não demonstrar em juízo que fez tal requerimento, mas a Administração, em contestação, reconhecer que não atendeu ao pedido administrativo já formulado ou não atenderá a qualquer pedido semelhante, ou se posicionar expressamente de forma contrária ao pedido deduzido em juízo, estará caracterizada a necessidade da jurisdição, mesmo que a prova do pleito anterior à esfera administrativa seja exigida por expressa disposição legal.



interesse e legitimidade” (BRASIL, 1973). Também decorre do § 4º do artigo 267 do Código de Processo Civil, porque, após decorrido o prazo para a resposta, não poderá o autor desistir da ação sem o consentimento do réu<sup>183</sup>. Situação interessante quanto à desistência da ação é exposta em Fredie Didier Júnior (2005, p. 289):

No entanto, mesmo que houver resposta do réu, é possível cogitar de hipótese em que a anuência é desnecessária. Imagine-se a situação em que o próprio réu, em sua defesa, requer a extinção do processo sem julgamento de mérito. Nesse caso, não teria como o réu rejeitar a desistência apresentada, por absoluta falta de interesse. É que a desistência do demandante lhe proporciona o exato resultado almejado: a extinção do processo sem exame do pedido. A recusa ao consentimento não pode ser fruto de mero capricho do réu.

Há, então, simetricamente ao interesse de agir, um interesse de excepcionar.

Passada essa ressalva, o estudo do interesse de agir evolui conceitualmente de acordo com a evolução das teorias da ação, inclusive, ambos os institutos depararam-se com incertezas semelhantes. Trata-se da doutrina que estudava o interesse de agir como resultado da lesão a um direito; se decorrente do próprio direito subjetivo material lesado em posição de combate, encaixar-se-ia na teoria clássica; se fosse um direito novo surgido a partir da lesão ao direito subjetivo material, tratar-se-ia da teoria concretista. Falou-se até em “existência do direito subjetivo material” como condição da ação:

Nesse sentido afirmava João Monteiro [...] “Para que o direito de ação se objetive na *actio*, isto é, para que a *potesta agendi* se converta correta e proveitosamente na *ratio agendi*, requer-se, no agente, o concurso das quatro condições seguintes: I. a existência de um direito; II. interesse processual; III. qualidade para agir; IV. capacidade processual”. E consoante explana Sérgio Costa [...] “para quem acolhe a teoria da ação como direito a uma sentença favorável, as condições que devem existir, para que se fale em ação são as seguintes: a) a existência do direito; b) a legitimação para agir (*legitimatatio ad causam*); c) o interesse de agir”. (FREIRE, 1999, p. 80).

Neste diapasão, o interesse de agir decorria da violação ao direito subjetivo material, sendo os dois - a existência de um direito subjetivo violado e o interesse de agir -, classificados como condições da ação. Além do mais, a intervenção do Estado não poderia ser dispensada, sob pena de tornar ineficaz a tutela jurisdicional ofertada ao titular do direito violado. A necessidade da tutela estatal, na medida em que indispensável para reparação do dano causado pela violação de um direito, era a posição defendida por Chiovenda, já que o interesse de agir decorreria “de uma situação de fato tal que o autor, sem a declaração judicial da vontade concreta da lei, sofreria um dano injusto, de modo que a declaração judicial se apresenta como o meio necessário para evita-lo.” (CHIOVENDA, 1965, p. 226).

<sup>183</sup> “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] § 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação. [...]” (BRASIL, 1973).

Perpassadas as teorias que vinculavam a ação ao direito subjetivo material, o interesse de agir passou por uma nova concepção, agora sob a visão nítida de que a ação constituía-se em um direito a um provimento jurisdicional, ou mesmo a uma sentença de mérito – desvinculada, assim, à noção de “sentença favorável”. A existência ou a lesão a direito subjetivo material seria a questão do próprio mérito da causa, não se podendo classifica-las como questões preliminares. Adianta-se que é “comum a referencia à lesão em obras de autores que seguramente não aceitam as posições imanentistas quanto à ação [...] constitui imposição de velhos hábitos vocabulares herdados e praticados, que só mesmo com o tempo poderão ser eliminados” (DINAMARCO, 1973, p. 400). Sobre o enfrentamento da matéria, importa passar nota equívoca do próprio criador da teoria eclética, consoante lembrado por Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, 83):

O próprio Liebman, em evidente infelicidade, afirma que o interesse processual (de agir) “tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário *lesado* pelo comportamento da parte contrária ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente”. E exemplifica: “O interesse primário de quem se afirma credor de 100 é obter o pagamento desta importância; o interesse processual *surgirá se o devedor não pagar no vencimento* e terá por objeto a sua condição e, depois, a execução força à custa do seu patrimônio” [...] Deve-se entender, nas palavras de Liebman, que o interesse de agir surge da afirmação sobre uma lesão ao interesse primário do autor, e não de uma efetiva violação a este interesse protegido pelo direito. (FREIRE, 1999, p. 83).

Assim, o interesse de agir é entendido, pelos adeptos à teoria eclética, como resultado da necessidade da tutela jurisdicional, segundo afirmações do autor:

[...] só detém interesse para agir o sujeito que alega (pretensão firmada) possuir um direito substancial ameaçado, lesado ou insatisfeito, para a formação de um processo contencioso ou voluntário. Esse interesse configura-se pela necessidade da obtenção da tutela do Estado (providencia quanto ao bem jurídico pretendido). (FIGUEIRA JÚNIOR, 1994, p. 47).

A causa de pedir remota posta na inicial teria, então, íntima relação com a necessidade do exercício jurisdicional, como fatores necessários para configuração do interesse de agir<sup>184</sup>. Dentre as afirmações da inicial, destacava-se a suscitação de um fato violador ou lesivo ao direito autoral, que, sem a intervenção do Estado por meio do exercício da jurisdição, poderia causar um dano injusto ao demandante.

<sup>184</sup> Na mesma esteira salienta Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 86): “Pontes de Miranda, todavia, restringia a análise sobre o *interesse processual* à causa de pedir, pois na exposição desta haveria de estar a afirmação: “de relação jurídica; da pretensão de direito material, a que corresponde essa relação; de fato que justifique a ação; do *interesse processual*; do direito público subjetivo a usar do juízo, o que se subentende hoje em dia”. E, concluindo, afirma: “O interesse processual pode ressaltar da simples narração dos fatos. Não é preciso que explicitamente se refira, nem que se prove. [...] E José Rogério Cruz e Tucci, mais recentemente, em conhecida monografia sobre a causa de pedir, após dizer que o fato compõe a causa de pedir próxima, assinala: “A *causa petendi remota* (ou *particular*) engloba, normalmente, o fato constitutivo do direito do autor associado ao fato violador desse direito, do qual se origina o *interesse processual* para o demandante. O fato constitutivo do direito do autor Zanzucchi denominou de causa ativa; e o fato do réu contrário ao direito, de causa passiva.”.

A teorização do interesse de agir aqui adotado começa pelas premissas lançadas por Candido Rangel Dinamarco (1973, p. 400-404), as quais introduziram o conceito de interesse de agir como resultado do binômio necessidade-adequação. A posição é seguida por Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 281-282):

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária e adequada*. Repousa na *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial [...] *Adequação* é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. [...] O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários.

A adequação, todavia, não é elemento necessário à configuração do interesse de agir. Pode haver uma demanda inadequada, sem que, por causa disso, haja ou não interesse na intervenção judicial. O interesse-adequação é instituto incoerente, pois relaciona dois polos inconciliáveis: a adequação da demanda é apreciada independentemente de qualquer averiguação em torno do interesse de agir. Precisa é a referência de Fredie Didier Júnior:

Sobre o tema, convém transcrever a clássica observação que Barbosa Moreira fez a Cândido Dinamarco, por ocasião da arguição de sua tese de livre-docência, sobre o equívoco de analisar o interesse processual a partir da adequação: “Aberra até o bom-senso afirmar que uma pessoa não tem interesse em determinada providência só porque se utiliza da via inadequada. Pode inclusive acontecer que a própria escolha da via inadequada seja uma consequência do interesse particularmente intenso; se alguém requer a execução sem título, não será possível enxergar-se aí uma tentativa, ilegítima embora, de satisfazer interesse tão-premente, aos olhos do titular, que lhe pareça incompatível com os incômodos e delongas da prévia consignação? Seria antes o caso de falar em excesso do que em falta de interesse [...]”. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 286).

A afirmação é capaz de dirimir muitas confusões feitas em torno do interesse de agir. O direito líquido e certo no mandado de segurança, o título executivo na ação executiva, a prova escrita na monitória e a planta do imóvel na ação de usucapião são todas situações inconfundíveis com o interesse de agir, porque se tratam de requisitos de desenvolvimento dos respectivos procedimentos. Demanda e procedimento são noções diferentes<sup>185</sup>.

No mandado de segurança, caso haja verificação de erro na escolha do procedimento, poderá o magistrado determinar a emenda da petição da inicial sem que a

<sup>185</sup> Referências buscadas em Fredie Didier Júnior (2005, p. 290-296).

demanda seja alterada, ou melhor, mantendo intactos as partes, pedido e causa de pedir. Note-se, neste interim, que as condições da ação não são vícios sanáveis, e, pois, não se confundem com requisitos específicos de determinados procedimentos. Seguindo na exposição, a indispensabilidade do título executivo na ação executiva é, também, requisito de admissibilidade específico do procedimento executivo; assim como a prova escrita na ação monitória; ou que a planta do imóvel na ação do usucapião. Certamente a ausência destes documentos pode implicar inadmissibilidade dos procedimentos ou mesmo o indeferimento da inicial por falta de documento (art. 282 cumulado com o artigo 284, ambos do Código de Processo Civil <sup>186-187</sup>). É o que nos lembra Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (2004, p. 1061):

Não há execução que não se aparelhe por meio de título executivo, judicial ou extrajudicial. Trata-se de processo documental (Urkundenprozeß), pois o título é documento indispensável à propositura da ação (CPC 1973) e sua falta acarreta o indeferimento da petição inicial, caso não emendada na forma do CPC 284.

A conclusão é simples e rechaça maiores questionamentos: o título executivo na demanda executiva não se confunde com as condições da ação, pois é justamente o instrumento em que se aduzirá. É do título executivo que se examinam a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir na demanda executiva. O mesmo vale para a ação monitória. A planta do imóvel na ação de usucapião, por sua vez, é regramento específico deste procedimento especial e não se confunde com as condições da ação, especialmente o emblemático interesse-adequação.

Por fim, a prova documental capaz de assegurar a comprovação de um direito líquido e certo ao qual defende o impetrante, nada mais é do que um requisito intrínseco de admissibilidade do procedimento previsto para o mandado segurança. Direito líquido e certo é requisito constitucional para utilização do procedimento especial do mandado de segurança, que possui uma estrita dilação probatória, por isso a necessidade de prova documental apta a comprovar as alegações iniciais. Do mesmo modo, não se confunde com as condições da ação.

O certo é que a inadequação do provimento resulta ou na impossibilidade jurídica do pedido ou em um vício passível de correção, seja pela aplicação da fungibilidade procedimental, como ocorre nas ações possessórias (artigo 920 do Código de Processo Civil

<sup>186</sup> “Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu.” (BRASIL, 1973).

<sup>187</sup> “Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.” (BRASIL, 1973).

<sup>188</sup>), seja pela intimação da parte para alteração do pedido (cumulação dos artigos 264 e 295, V, ambos do Código de Processo Civil<sup>189-190</sup>), caso não haja possibilidade do magistrado corrigi-lo. A melhor colocação é a de Fredie Didier Júnior (2005, p. 287-288):

O procedimento é a espinha dorsal da relação jurídica processual. O processo, em seu aspecto formal, é procedimento. O exame do procedimento concerne, pois, aos requisitos processuais objetivos intrínsecos de validade. Nada diz respeito ao exercício do direito de ação. O pior desta concepção é o incentivo (ou, posto de modo politicamente mais correto, a válvula de escape) que se dá ao magistrado para não admitir o processamento de demandas sob fundamento de equívoco na escolha de procedimento (equívoco formal, como se sabe). [...] Lembra José Orlando Rocha de Carvalho que o próprio legislador cuidou de distinguir a falta de interesse processual do erro de procedimento, quando, no art. 295, dedicou a cada um desses fenômenos um inciso específico (III e V, respectivamente). Não há erro de escolha do procedimento que não possa ser corrigido [...] Não existisse o inciso V do art. 295, sobraría a regra da instrumentalidade das formas, prevista nos arts. 244 e 250 do CPC, que impõe o aproveitamento dos atos processuais, quando houver erro de forma.

Com as pontuais colocações, findamos as diferenciações entre interesse de agir e a adequação do provimento judicial ou do procedimento. O interesse de agir deve ser verificado, portanto, pela análise da utilidade e da necessidade da atuação jurisdicional – para BARBOSA MOREIRA (1971, p. 17) “o interesse processual repousa no binômio *utilidade + necessidade*” -, circunstâncias as quais passaremos a nos ocupar.

A utilidade da tutela jurisdicional é apreciada sob a exposição fática postada na causa de pedir remota. Há utilidade quando o processo for capaz de propiciar ao demandante o resultado prático pretendido, ou seja, uma vantagem jurídica<sup>191</sup>. Também deve ser encarado pela perspectiva do Estado, pois também tem interesses correlatos, como a pacificação social. É indispensável, portanto, que o interesse de agir, visto como um todo, tenha-se como coincidentes os interesses das partes e do Estado (ao fim deste tópico, discorreremos sobre o interesse de agir do réu):

É possível até que exista um interesse pessoal do autor no provimento desejado ou no procedimento indicado, embora não se configure o interesse de agir. Não resta dúvida, por exemplo, de que pessoa jurídica de direito público, possuidora de título executivo, tenha interesse em mover execução fiscal, mas, se o executado for a Fazenda Pública, a execução deve seguir o rito previsto nos arts. 730 e 731 do CPC, sob pena de ser declarada a ausência do interesse de agir. Com efeito, não se pode olvidar que o processo é uma via dupla, onde devem caminhar paralelamente o interesse do autor na resolução da lide e o interesse do Estado, como entre representativo de toda a sociedade, na solução justa, econômica e segura dos

<sup>188</sup> “Art. 920. A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados.” (BRASIL, 1973).

<sup>189</sup> “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.” (BRASIL, 1973).

<sup>190</sup> Art. 295. A petição inicial será indeferida: [...] V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal; [...]. (BRASIL, 1973).

<sup>191</sup> Nesse sentido, Donaldo Armelin (1979, p. 59).

conflitos de interesses que lhe foram apresentados, possibilitando o reequilíbrio das relações jurídicas. Na verdade, o ordenamento jurídico, em certo sentido, reserva ao autor um papel público. (FREIRE, 1999, p. 98-99).

A melhor exemplificação é de Donaldo Armelin (1979, p. 61):

Por outro lado, sempre que o processo é colocado a serviço de intenções menos sérias ou ilícitas, não poderá receber o beneplácito do Judiciário, havendo distorção manifesta de sua finalidade, inclusive, nesta última hipótese, havendo a qualificação legal do autor como litigante de má-fé (art. 16 do CPC). Ainda o abuso do direito de agir consubstanciado na distorção da finalidade do processo, sob a aparência de exercício normal de direito, também merece o ferrete do sistema. Assim, carecerá de interesse para agir o credor, fazendo jus a receber dez aluguéis mensais de seu inquilino, ajuíza, ao invés de uma ação de cobrança englobando todos os aluguéis devidos, dez ações de cobrança, tendo cada uma como objeto um aluguel mensal. Neste caso, a intenção de onerar ou prejudicar o réu e a violação ao princípio de economia processual são patentes, eliminando qualquer interesse legítimo para o ajuizamento de todas essas ações.

Fala-se em vantagem jurídica, voltando ao interesse do demandante, pois o resultado favorável pretendido pode não traduzir uma vantagem patrimonial, como ocorre nos chamados direitos da personalidade<sup>192</sup>. Deveras, quando a vantagem jurídica, consubstanciada em uma obrigação – obrigação de fazer, por exemplo - já tiver sido cumprida, é comum que se diga haver perda do objeto da causa. Anote-se que se a situação ocorrer no tramite do processo, porém, após a citação do réu, ocorre o reconhecimento do pedido, na forma do artigo 269, II, do Código de Processo Civil<sup>193</sup>.

Nas ações meramente declaratórias, “O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento”<sup>194</sup> (BRASIL, 1973). Ou seja, admite-se haver interesse-utilidade quando se buscar a simples obtenção de certeza jurídica - por meio da coisa julgada material -, nas duas hipóteses do artigo 4º do Código de Processo Civil. Soma-se ao exposto o parágrafo único do mesmo artigo, que admite haver interesse de agir (utilidade) na ação meramente declaratória, posto que possível ajuizamento de ação de prestação, seja ela de natureza condenatória, mandamental ou executiva.

Não se admite, por outro lado, ação meramente declaratória de fatos ou quando se tratar de consultas, a exceção, quanto à última, se realizadas no âmbito da Justiça Eleitoral.

<sup>192</sup> Nesse sentido: “O interesse para agir, portanto, pode ser diagnosticado pela constatação de existência de vantagem jurídica, lícita, pois (patrimonial ou não patrimonial, como ocorre, nesta última hipótese, com o reconhecimento dos chamados direitos da personalidade, em si inestimáveis, emergente, potencialmente, da atuação da jurisdição provocada pela atuação do titular desse interesse. [...] A utilidade da atuação do Judiciário, para obtenção de certeza jurídica objetiva, no caso concreto, caracteriza a presença do interesse de agir. Essa utilidade há de ser jurídica, de forma a propiciar potencialmente vantagem para o patrimônio jurídico do autor. [...] Não há que se falar, na espécie, em interesse econômico ou moral, como fazia o art. 2.º do pretérito CPC de 1939. Todo interesse indispensável à propositura de uma ação é jurídico, o que exclui o interesse meramente moral, a menos que, por imprecisão terminológica, se dê a este a conotação de interesse jurídico não patrimonial. Todavia, nem mesmo no plano material seria tal concepção viável, porquanto todos os interesses tutelados por lei são direitos subjetivos. (ARMELIN, 1979, p. 58-59).

<sup>193</sup> “Art. 269. Haverá resolução de mérito: [...] II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; [...]” (BRASIL, 1973).

<sup>194</sup> Extraído do artigo 4º, incisos I e II, do Código de processo Civil.



Por força do enunciado da súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, falta utilidade em mandado de segurança impetrado contra lei em tese<sup>195</sup>. Por fim, há inutilidade na demanda executiva quando o valor a ser creditado não for o suficiente para cobrir as custas do processo (artigo 659, § 2º, do Código de Processo Civil)<sup>196</sup>.

Também verificado da causa de pedir remota, o interesse-necessidade afasta a possibilidade de haver demandas judiciais sem que esta não seja a última forma possível para solucionar o conflito. Primeiramente, existem ações constitutivas necessárias – interdição de uma pessoa, por exemplo – onde o interesse é presumido, pois o bem da vida ou o estado jurídico pretendido somente podem ser alcançados pela via jurisdicional. Nestes casos, é despidianda a necessidade de averiguação do interesse-necessidade, visto que está *in re ipsa*<sup>197</sup>.

Logo, o interesse-necessidade somente haverá de ser apreciado em ações que versam sobre direitos a uma prestação, porque possíveis de serem cumpridos espontaneamente. Como já dito, o interesse de agir somente é inferido sob a óptica da situação substancial deduzida, porém, pode ser visto como matéria estranha ao mérito, no âmbito exclusivamente processual – realmente, em se tratando de interesse-necessidade, julgar-se-á, aparentemente, matéria fora das elementares da demanda e da relação de direito material deduzida. A questão não é simples.

Certamente serão analisados os elementos da demanda e da relação de direito material, especialmente a causa de pedir e os fatos, para que se conclua qualquer coisa a respeito do interesse-necessidade - premissa essa também estendida ao interesse-utilidade -, o que por si só diferencia a apreciação desta questão das situações em que o mérito não é atingido pela apreciação judicial. Não é só:

Há uma dificuldade muito grande de, nas ações inibitórias, discernir se a “ameaça” é condição da ação ou o próprio mérito – tendo em vistas que a ameaça é a causa de pedir da demanda preventiva. Essa dificuldade, contudo, ocorre em qualquer demanda, já que, como visto, o exame do interesse de agir faz-se à luz da causa de pedir, elemento que compõe o objeto litigioso do processo. Ressurge a dificuldade de separar o mérito causa das condições da ação. O exame do interesse de agir, se se quiser seguir a opção do código brasileiro, somente poderá ser feito *in statu assertionis*. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 285).

<sup>195</sup> É o enunciado da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal número 266: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.” (BRASIL, 1964, p. 122).

<sup>196</sup> “Art. 659. A penhora deverá incidir em tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios. [...] § 2º Não se levará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução. [...]”. (BRASIL, 1973).

<sup>197</sup> Visto em Fredie Didier Júnior (2005, p. 284-285).



As últimas colocações são bem-vindas, pois o interesse de agir, segundo praticamente uníssona doutrina<sup>198</sup>, é o interesse processual e não o interesse substancial. O segundo é o interesse decorrente do direito que se afirma possuidor o autor, enquanto que o interesse processual é o direito que o autor exerce para a tutela do primeiro, logo, este último é secundário e instrumental em relação àquele. Complementa-se, o interesse processual tem como objeto o provimento jurisdicional utilizado como meio para obtenção da satisfação de um interesse primário lesado pela parte contrária, ou seja, trata da tutela jurisdicional e não do bem da vida perseguido. Nesse, sentido é o que defende José Frederico Marques:

O interesse é a posição favorável à satisfação de uma necessidade, de que o titular é a pessoa física ou jurídica e cujo objeto é um bem. No direito material esse interesse se relaciona com bem jurídico diverso daquele que se procura obter com o direito processual de agir. O direito de crédito diz respeito ao interesse em receber determinada soma em dinheiro. O direito de ação que o credor exerce relaciona-se com um bem jurídico distinto, que é o julgamento da sua pretensão em obter a aludida importância. (MARQUES, 1967, p. 32-32).

De modo semelhante, para Arruda Alvim afirma que o interesse processual surge, via de regra, da insatisfação no plano do direito substancial e consiste na própria imprescindibilidade do uso do processo, que, se não o feito, importa em impossibilidade de fruição do direito material:

[...] são inconfundíveis, certamente, os interesses substancial ou material e o processual. Aquele é representativo da afirmação da existência de um elo que liga alguém a um bem da vida, em face do direito material, porque se terá estabelecido a titularidade do direito, nesse plano; e o processual, via de regra, emerge da insatisfação, no plano do direito substancial, e consiste na própria imprescindibilidade do uso do processo, sob pena de impossibilidade de fruição do direito material (se existente). (ARRUDA ALVIM, 1990, p. 325).

Os argumentos acima postos guardam pertinência, sobretudo do julgamento de improcedência, em que se declara “a ausência do direito subjetivo material e, portanto, do interesse substancial, estando presente, entretanto, o interesse de agir.” (FREIRE, 1999, p. 79). Dizer-se o contrário seria “condicionar o exercício da ação” a uma sentença de procedência. Situação interessante ocorre na declaratória negativa, em que se declara ausente o direito subjetivo material e, pois, de um interesse substancial juridicamente protegido, nada obstante tenha existido interesse de agir (FREIRE, 1999, p.79)<sup>199</sup>:

Assim, a alegação de um pseudocrédito, cuja existência foi rechaçada por decisão de mérito, ensejou uma ação de cobrança admissível em decorrência, dentre outras, da existência da condição correspondente ao interesse para agir. Mais ainda, há interesse de agir, indiscutivelmente, quando se postula a declaração de inexistência

<sup>198</sup> Para Salvatore Satta, não existiria um interesse de agir desvinculado do interesse substancial juridicamente protegido. (FREIRE, 1999, p. 78).

<sup>199</sup> “Por outro lado, nada obsta que, recorrendo-se ao Judiciário, o pedido seja julgado improcedente, declarando-se a ausência do direito subjetivo material e, portanto, do interesse substancial, estando presente, entretanto, o interesse de agir.” (FREIRE, 1999, p. 79).

de um direito, através da ação declaratória negativa, onde obviamente, não se pode falar em compatibilidade entre o direito material a ser declarado inexistente e o interesse para agir, imprescindível àquela declaração. (ARMELIN, 1979, p. 58).

Nada obstante, mesmo que se considerando o interesse de agir como um interesse exclusivamente processual, sua análise não prescinde de uma análise do mérito da relação substancial posta em juízo. A confusão esposada por Fredie Didier Júnior (2005, p. 285) volta à tona:

Caberá ao juiz, portanto, verificar objetivamente esta necessidade da jurisdição à luz da situação concreta trazida a juízo pelo autor, conforme as afirmações contidas na causa de pedir remota (fundamentação de fato), assim como os documentos que acompanham a petição inicial. É possível até que o juiz possa concluir que o autor detém o direito material que afirma em juízo com a simples análise sobre os documentos anexados à inicial. Para caracterização da necessidade da jurisdição, entretanto, é prescindível tal constatação, visto que o juiz deve verificar apenas, em via preliminar, se a jurisdição é indispensável, caso os fatos narrados *hipoteticamente* forem considerados verdadeiros, e para isto, conforme a pretensão deduzida em juízo, muitas vezes será preciso que o juiz observe se estão presentes determinados documentos [...] poderá ser fundamental a presença de determinados documentos para que o juiz verifique a imprescindibilidade da jurisdição, consoante a causa de pedir remota descrita na inicial. (FREIRE, 1999, p. 105).

Novamente, bem postado são os argumentos de Donaldo Armelin, dessa vez em resposta ao conceito de interesse de agir apresentado por José Frederico Marques, que, a exemplo dos demais vistos até então, não são perspicazes a ponto de diferenciar efetivamente esta condição da ação do mérito da ação:

Nesse sentido a definição de José Frederico Marques, que considera o interesse de agir como “a existência de pretensão objetivamente razoável”, não estabelece, com precisão, os lindes entre o mérito e a condição de admissibilidade da ação em tela. Aliás, mais adiante, o mencionado jurista, esclarecendo sua definição, afirma, *verbis*: “inexistindo o crédito, falta ao credor o legítimo interesse em pretendê-lo do apontado devedor; inadmissível para o caso levado a juízo a providência jurisdicional invocada, faltarão legítimo interesse em propor a ação, porquanto inexistente pretensão objetivamente razoável que justifique a prestação jurisdicional requerida”. Parece, pois que razoabilidade da pretensão corresponde a uma aparência de fundamentação aferível *prima facie*, pois a inexistência do direito de crédito, *in casu*, é matéria pertinente ao mérito da ação. (ARMELIN, 1979, p. 64).  
200

É incoerente distinguir duas formas de julgamento para uma mesma questão: um consubstanciado na análise do interesse de agir *in statu assertionis* e outro, caso necessário, com a apreciação das provas (com julgamento de mérito, portanto), principalmente porque na primeira hipótese, caso não configurado o interesse de agir, haveria uma sentença de improcedência *prima facie*. Caso não seja verificar esse vício de forma tão latente, o processo prosseguirá, sendo que o suposto interesse de agir do demandante decorre do direito cívico de

<sup>200</sup> Donaldo Armelin (1979, p. 64) sugere, então, um conceito de interesse de agir: “[...] sugere-se conceituar o interesse de agir como resultante da idoneidade objetiva do pedido, para o autor, de provocar uma atuação potencialmente útil da jurisdição. Esta idoneidade pressupõe uma *causa petendi* também idônea, sem o que o pedido careceria de condições de provocar aquela atuação útil da jurisdição.”

petição, e não de uma ilógica presunção de veracidade das alegações iniciais do autor. Deveras, a decisão sobre o interesse processual está vinculada à análise do interesse substancial: o que pode acontecer, segundo nos lembra Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 79), é a ausência de interesse substancial, posto haver interesse processual, mas não que não se analise o objeto litigioso para averiguação do interesse processual:

[...] a análise do interesse de agir não consegue separar a análise do aspecto processual e substancial, pois, ao verificar a utilidade do provimento jurisdicional, a análise recairá, inevitavelmente, nas relações de direito material. [...] é mister ressaltar que, se no exame da utilidade do provimento jurisdicional tem-se uma análise dos pedidos do autor, que outra coisa não é, senão o próprio mérito [...] Se o juiz, mesmo sem analisar as provas ou analisando-as, antes de citar o réu, ou ainda com base nas assertivas dele, verifica a desnecessidade de tutela jurisdicional, sempre haverá exame de mérito [...] a resposta jurisdicional deve ser de improcedência e não, de “carência de ação” [...]. (GOMES; SILVA, 2012, p. 204).

De outro norte, sustenta Fredie Didier Júnior (2005, p. 215), referindo-se ao interesse de agir e à legitimação extraordinária, “Quando não se referem ao mérito da causa, não há razão para diferenciá-las dos ‘pressupostos processuais’. O instituto [condições da ação], realmente, não se justifica”. A assertiva guarda pertinência em parte, somente no que tange à extinção das condições da ação. Trasladar o interesse de agir e a legitimação extraordinária para a classificação de pressupostos processuais não parece a melhor saída, porque não são relações jurídicas genéricas; devem ser analisadas *in concreto*, sob a análise do objeto litigioso do processo. Mostrar-se-á, no capítulo seguinte, que essa discussão praticamente perde de objeto quando tratada sob as vistas da análise jurisprudencial consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça a teor da possibilidade de repositura de “ação carente”.

### 3. A EXTINÇÃO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Com a adoção da teoria eclética da ação pelo Código de Processo Civil, foi introduzida, por consequência, a categoria jurídica das condições da ação nos conformes propostos por Liebman, já que “as chamadas condições da ação, juntamente com o conceito de mérito e o de jurisdição, constituem a pedra angular, ou esteio, que sustenta a teoria eclética” (GOMES, 1999, p. 41). A insurgência das condições da ação, porém, não adveio ante a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973.

A inovação da teorização eclética incide sobre o regramento e a sistematização das condições da ação, e não sobre as condicionantes especificamente, porque já existentes, a título de exemplo, no Código de Processo Civil brasileiro de 1939. A ubiquação da matéria emerge da dificuldade (senão da impossibilidade) de dissociação das condições da ação em relação aos elementos da ação (partes, causa de pedir e pedidos) e da relação substancial discutida em juízo (sujeitos, objeto, fato) e, é claro, do objeto litigioso do processo. Disso decorre que as condições da ação necessitam ser analisadas em qualquer relação jurídica material, mesmo que não previstas no ordenamento:

Dos elementos constituídos pelo sujeito, o objeto e o elemento de ligação entre o sujeito e o objeto decorrem, portanto, os elementos de validade dos atos jurídicos na vida civil, quais sejam: a capacidade do agente, o objeto lícito e possível, determinado ou determinável e a forma permitida ou não proibida em lei. Da mesma forma que os elementos de validade dos atos jurídicos civis estão vinculados à capacidade das partes, ao objeto e à forma da prática dos atos em Direito, as condições da ação necessitam ser analisadas em qualquer relação jurídica material em que se façam enquadramentos normativos. Assim, em qualquer processo, mesmo que não houvesse determinação expressa, as condições da ação acabariam sendo analisadas, pois decorrem da análise de qualquer relação jurídica. Se não fosse pela preocupação didática junto aos operadores do direito, poder-se-ia afirmar que as condições da ação sequer necessitaram estar inseridas na legislação processual. (LAMY; RODRIGUES, 2012, p. 100).<sup>201</sup>

O regramento da análise das condições da ação pode, portanto, ser tratada de formas diversas, pois, por exemplo, o *efeito/qualidade/situação jurídica do conteúdo*<sup>202</sup> da

<sup>201</sup> De situação idêntica utiliza-se José Maria Rosa Tesheiner para explicar a classificação dos pressupostos processuais (1993, p. 108): “Para classificar os pressupostos processuais, partimos do art. 82 do Código Civil, que exige, para a validade do ato jurídico, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.”.

<sup>202</sup> Há três acepções doutrinárias sobre o instituto da coisa julgada: a) a coisa julgada como um efeito da decisão, capitaneada por Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva e Araken de Assis, que restringe a coisa julgada ao elemento (efeito ou eficácia) declaratória da decisão; b) a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão, a qual se filiam, entre outros, Liebman, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Teresa Arruda Alvim Wambier, em que seria imutabilidade que acoberta os efeitos da decisão judicial e; c) a coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da decisão, defendida por Barbosa Moreira, Machado Guimarães e Fredie Didier Júnior e que consiste na imutabilidade do conteúdo da decisão (dispositivo), composto pela norma jurídica concreta. (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 422-425). Entendemos a última acepção a mais plausível, posto que não seguida à risca a diferenciação ao longo do presente trabalho.

decisão sobre elas incidente pode ou não produzir coisa julgada material, já que “É possível que o legislador [referindo-se ao infraconstitucional], em juízo de ponderação, não atribua a certas decisões a aptidão de ficar imutáveis pela coisa julgada, ou, ainda, exija pressupostos para a sua ocorrência mais ou menos singelos/rigorosos” (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 418). O perfil dogmático da coisa julgada cabe, assim, ao legislador infraconstitucional, posto que a matéria tenha *status* constitucional. A própria evolução da processualística brasileira revela tratamentos diferenciados quanto às condições da ação:

Conforme o disposto nos arts. 468 e 469 do CPC, a decisão acerca de qualquer condição da ação encontra-se absolutamente excluída dos limites objetivos da coisa julgada, pois esta incide sobre o dispositivo da sentença, balizado pelo pedido do autor. [...] prevalecia o entendimento [refere-se ao do Código de Processo Civil de 1939] de que a decisão a respeito de uma condição da ação era acobertada pela coisa julgada material, mas exclusivamente quanto à condição, não a respeito do mérito. Se o juiz declarasse a ausência de uma das condições da ação, esta poderia ser reproposta, desde que corrigido o vício. (FREIRE, 1999, p. 140).

O surgimento das condições da ação tem íntima relação com a evolução do conceito de ação; ambas decorrem de origens convergentes, e possuem, pois, complicações semelhantes, como a confusão entre ação e direito subjetivo e entre direito subjetivo e pretensão. A primeira teoria formulada no direito moderno, tentando estabelecer o conceito de ação processual e da qual derivam todas as demais teorias, visando desconstituir, de uma forma ou de outra, a equiparação do conceito de ação ao de direito subjetivo material, é a teoria clássica. Ao definir a ação processual como o direito de perseguir em juízo “o que nos é devido pelo obrigado”, prossegue Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 77, grifos no original), “confundiu e misturou as duas realidades, ou seja, o exercício da pretensão de tutela jurídica estatal e a **ação de direito material**, que é o agir do titular do direito para obtenção ‘do que lhe é devido’”.

Além de não explicar o fenômeno da sentença de improcedência ao desconsiderar a promoção de um processo por um demandante sem direito subjetivo, esse postulado - reitera-se, alvo das teorias da ação subsequentes - insurgiu um desinteresse em classificar as ações de direito material. Para Ovídio Baptista da Silva, a centenária controvérsia sobre o conceito de ação originou-se de um duplo equívoco, conforme esclarece Fábio Gomes (1999, p. 26/27):

O primeiro equívoco foi gerado pela tentativa de Savigny e seus seguidores no sentido de transportar para o processo civil o conceito de *ação de direito material*, como se pudesse corresponder ao moderno conceito de “ação” enquanto pedido de tutela jurídica processual (abstrato e indeterminado); [...] Este equívoco, no entendimento do Prof. Ovídio A. Baptista da Silva, consistiu na transferência, para o Direito Processual Civil, da categoria conhecida como *actio*, equivalente esta à

*pretensão de direito material*, consoante demonstrara Bernhardt Windscheid. O outro equívoco, segue o Prof. Ovídio, foi o de imaginar um direito processual completamente desligado do direito material, a ponto de a própria existência daquele depender do exercício da ação processual, como afirmava Pekelis. Tal paradigma teórico fez que a ciência processual nunca se interessasse em classificar as ações de direito material, pois essa mesma ciência as suprimira.

As concepções de Wach e Chiovenda tiveram o mérito de demonstrar que a ação processual não poderia ser confundida com o direito subjetivo, porém, não conseguiram, a exemplo da teoria clássica, explicar a ação improcedente. Os adeptos da teoria concretista estudavam a ação como se fosse um novo direito atribuído ao titular do direito subjetivo material, que, invocando a tutela jurisdicional, pudesse tornar efetivo o seu direito contra o obrigado, ou seja, procuravam demonstrar a autonomia do direito de ação por meio de um direito secundário vinculado apenas ao próprio titular do direito subjetivo material.

Em busca de um conceito de direito de ação realmente autônomo, a teoria abstrativista outorgava o direito de ação a todos que invocassem a tutela jurisdicional, indistintamente, o que para muitos, tornava indistinto o direito de ação do direito de petição. Para Ovídio Baptista da Silva (1996, p. 161), o surgimento do direito Processual Civil como disciplina autônoma, herdeiro de uma tradição medieval romano-canônica, confirmava a tendência para a abstração e para a generalidade e, por isso, tornava-se contrário às particularidades dos procedimentos, de forma a distanciar o direito da realidade social e da história:

Segundo o Prof. Ovídio A. Baptista da Silva, a formulação de uma teoria nos moldes da Civilista, com o desvirtuamento da concepção romana, deveu-se a fatores político-econômicos ligados ao mercantilismo do início do século XVIII. O que interessava, na época, era a criação de uma ciência processual de índole privatística que aprisionasse o juiz a um ordenamento sem lacunas, vedando-lhe qualquer contribuição na criação do direito. A ciência do processo nasceu, portanto, irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX (processo amplo, segurança para o cidadão-tratamento exaustivo, coisa julgada). Tais virtudes da ordinariedade calharam perfeitamente com o pressuposto racionalista determinante da submissão do juiz ao poder político. (GOMES, 1999, p. 26/51).

Desse modo, o nascimento do Processo Civil, desde a teoria clássica, foi marcado pelo estudo da relação processual como objeto da nova ciência, fadado a distanciar-se das realidades sociais, sobretudo após a gênese da teoria abstrativista, que contribuiu, de fato, para a construção de um procedimento genérico, designado de “universalização do procedimento ordinário” em Gomes (1999, p. 51):

A construção teórica da ação processual como uma categoria abstrata, na medida em que é atribuída a todos os interessados indistintamente, independentemente da titularidade do direito alegado no processo, não obstante sua validade e inequívocas vantagens, contribuiu para a universalização do procedimento ordinário; e este, por



sua vez, como também demonstrou o Prof. Ovídio A. Baptista da Silva, na esteira de Sergio Chiarloni e Mauro Cappelletti, esteve e seguiu vinculado à ideologia dos grupos sociais dominantes, e já firmemente consolidados no poder, enquanto os procedimentos especiais, “mais simples, acessíveis, rápidos, econômicos e livres de manobras cansativas, correspondem às exigências dos estratos sociais ou grupos de pressões relativamente novo, mais aptos e suficientemente aguerridos para impor a própria vontade mais ao nível do direito substancial do que no plano do direito judiciário”.

Neste ínterim, em que a especificidade de cada direito material não tinha repercussão dentro da relação processual, não influenciando e muito menos impondo um curso diverso do geral, os aspectos do direito material constituíram um praxismo procedimental que a nova ciência desprezava (BAPTISTA DA SILVA, 1996, p. 162). O momento era o ideal para o surgimento de uma ciência processual supressora do conceito de ação de direito material:

A confusão entre direito subjetivo e **faculdade de exigir**, isto é, a assimilação do direito à **pretensão de direito material**, a partir da premissa posta por AUGUST THON (**Norma jurídica e direito subjetivo**, pág. 12) de que a norma jurídica estabelece deveres e não direitos; e que o direito subjetivo corresponderia a tutela outorgada a seu titular, em caso de transgressão da norma, como se o direito fosse a tutela estatal e não a situação existencial que a condiciona e justifica, foram sem dúvida responsáveis pelo desaparecimento do conceito de pretensão e de **ação de direito material** da ciência processualística moderna. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 62, grifos no original).

Em boa hora, completa Fábio Gomes:

A doutrina processual tem em geral resistido ao reconhecimento de qualquer importância científica do conceito de *ação de direito material*, o que implica dizer que lhe nega a própria existência nos sistemas jurídicos modernos, sob a alegação de que teria sido ela substituída pela “ação processual”, eis que proibida a autotutela privada e, assim, o exercício daquela ação pelo próprio titular do direito. Para essa doutrina, a *ação de direito material* ter-se-ia transformado em um *fazer agir* a que se resumiria a atividade do titular do direito, por meio do qual ele desencadearia a atividade do Estado. (GOMES, 1999, p. 47).

A conclusão não poderia ser outra senão as razões de Ovídio Baptista da Silva. A doutrina tradicional em análise equivocou-se ao transferir a categoria conhecida com *actio* para o Direito Processual Civil, pois correspondente, como demonstrado por Windscheid, à pretensão de direito material<sup>203</sup>. A pretensão no âmbito do direito material está no momento em que, passado o estado inerte do direito subjetivo - a situação favorável na qual se encontra determinada pessoa em relação à outra por força da incidência do direito objetivo sobre a relação entre eles mantida – o credor poderá exigir de outrem uma prestação positiva ou negativa<sup>204</sup>.

<sup>203</sup> Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva (1996, p. 164).

<sup>204</sup> É o exemplo em que o credor pode premir o devedor do vencimento de uma dívida, no sentido de que o mesmo cumpra a obrigação. O cumprimento ou não da obrigação depende exclusivamente do devedor, que age de forma voluntária.



O não cumprimento da obrigação pode ensejar um terceiro estágio, a ação de direito material, executada pelo próprio credor. A confusão entre o direito subjetivo e a faculdade de exigir, bem como a equiparação do direito subjetivo à tutela outorgada a seu titular em caso de transgressão da norma foram os fatores responsáveis pelo desaparecimento dos conceitos de pretensão e da ação de direito material, como já exposto em Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 62). Além da mencionada equívoca transferência da *actio* para o Processo Civil e de tantos outros erros, Ovídio Baptista da Silva aponta a desvinculação do direito material ao Processo Civil como um dos principais problemas da doutrina tradicional. O ponto é também analisado por Mariononi (1996, p. 212-213):

A teoria eclética procura aproximar o direito de ação do direito material, mas esquece do que é mais importante, isto é, de que o direito de ação deve garantir a realização da ação de direito material. A idéia de que todos têm direito a uma sentença de mérito, desde que presentes as condições da ação, ainda é fruto da confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material. Não basta dizer que os jurisdicionados têm direito a uma sentença de mérito, pois o que importa é uma sentença de mérito capaz de realizar o direito material. É incompreensível, de fato, a razão pela qual a doutrina e os tribunais não aceitam a idéia de que o direito de ação assegura o direito à tutela jurisdicional efetiva. (MARINONI, 1996, p. 212-213).

É por isso que, prossegue Ovídio Baptista da Silva (1996, p.164), a existência do direito material chegou ao ponto de depender do exercício da ação processual, e, também, estivesse a doutrina completamente desinteressada em classificar as ações de direito material, suprimida por essa mesma ciência. Recusava-se, deste modo, importância a fenômenos que ocorrem no âmbito do direito material, e, o que é mais grave, eram usados para explicar fenômenos processuais:

A supressão do conceito de ação de direito material, com a substituição do mesmo pelo de “ação” processual, tem como pressupostos teóricos, em primeiro lugar, a singela doutrina de August Thon sobre o conceito de direito subjetivo, em que se confundem direito subjetivo e ação de direito material, com a inevitável eliminação do conceito intermediário de pretensão de direito material, pois para ele a pretensão tem a ilicitude como pressuposto; e, em segundo lugar, a suposição de que o monopólio da jurisdição tenha despotencializado o direito subjetivo, de modo a que ao particular tenha restado apenas a titularidade de um direito frente ao Estado, e não mais o originário poder contra o destinatário do dever jurídico. Em suma, como disse Pekelis e repete toda a doutrina, a ação de direito material teria sido substituída pela ação processual. (GOMES, 1999, p. 60).

Das duas posições extremas, a concretista e abstrativista - a primeira estudando a teoria da ação sob o ponto de vista do autor (somente concedendo ação ao autor que tivesse razão) e a outra visualizada sob o prisma do juiz, quedada em pressupostos de Direito Constitucional – surge uma nova síntese, proposta por Enrico Tulio Liebman, consistente em uma tentativa de conciliação entre as duas correntes, de forma a ajustá-las à sua definição de

atividade jurisdicional. O direito de ação passou a ser entendido como o direito de provocar o exercício da jurisdição, que por sua vez era sinônimo de provocar o julgamento do pedido, ou seja, a decisão da lide, em verdade, a análise do mérito<sup>205</sup>. Conclui-se que “o direito de ação é, no fundo, o **direito à jurisdição**; entre ação e jurisdição existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem o outro” (LIEBMAN *apud* BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 81, grifos no original).

No seu sentido verdadeiro, a ação não seria plenamente abstrata, pois teria por conteúdo o julgamento do pedido, estritamente nas hipóteses de julgamento de procedência ou improcedência, o qual poderia somente poderia ser operado se presentes determinadas condições da ação, ou seja, requisitos ao exame de mérito ou da decisão da lide - e, pois da existência da própria ação. O argumento central desenvolvido pelos defensores da teoria eclética consiste em recusar um direito de ação que seja tão absoluto que não tenha condições capazes de legitimar o seu exercício (LACERDA, 1953, p. 76). Prossegue Ovídio Baptista da Silva:

Daí porque não se poderá confundir o verdadeiro “direito processual de ação” – dizem eles – com o simples direito abstrato e incondicionado de “acesso aos tribunais” [...] O erro fundamental de ambas as teorias, tanto a do chamado “direito concreto de ação”, quanto desta última, está na confusão entre ação e direito subjetivo; ou ainda entre direito subjetivo e pretensão. A doutrina confunde, de um modo geral, quando trata do conceito de “ação” processual, o “**direito subjetivo de acesso aos tribunais**”, com exercício efetivo e concreto deste direito, através da “ação”. Ora o “**direito de acesso aos tribunais**”, como temos insistentemente afirmado, ainda não é **ação**, mas simples **estado** de quem tem direito subjetivo e que tanto pode estar, como ocorre entre nós, num texto de direito privado (art. 75 do Código Civil) [refere-se ao Código Civil de 1916], quanto em algum preceito constitucional; ou até mesmo não estar expresso em qualquer regra jurídica escrita, porque o direito de ser ouvido pelos tribunais é princípio imanente e suprimível em toda e qualquer comunidade estatal. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 83-84, grifos no original).

Segundo a doutrina de Liebman, deve-se estabelecer distinção entre o direito de ação no plano constitucional – correspondente ao direito de petição, completamente abstrato e incondicionado, conferidos a todos, indistintamente, por decorrência do monopólio da jurisdição do Estado – do direito processual de ação, igualmente abstrato, existente mesmo quando o direito material posto à apreciação judicial efetivamente não exista, porém, condicionado a certos requisitos, denominados pela teoria em apreço de condições da ação.

<sup>205</sup> Vale reforçar o conceito de Liebman sobre lide, tido como o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios. O mérito, para o italiano, identificava-se com o conceito de lide, nele se incluindo todas as questões referentes à controvérsia existente entre as partes e submetida à análise judicial, cuja solução poderia levar ao julgamento do pedido. Por fim, o exercício da jurisdição, como atividade do Poder Judiciário, somente era possível pela decisão de mérito. Os conceitos concatenam-se, portanto. Nesse sentido, GOMES (1999, p. 43).

Bem assenta Gomes (1999, p. 59), trata-se de “uma duplicação do mesmo fenômeno [a ação na óptica constitucional e a ação no âmbito processual], que inexistente no plano do direito público, além do já apontado equívoco de confundir direito com exercício de direito”. O que é pior, “Liebman afirma que as condições da ação são pressupostos para a existência da ação e que o direito constitucional de ação não pertence ao direito processual” (MARINONI, 1996, p. 210-211). Por isso que, prossegue Gomes, a disposição constitucional prevista no inciso XXXV, do artigo 5º<sup>206</sup>, a qual assegura a todos o direito de acesso aos tribunais em caso de violação ou ameaça de violação, é irrelevante, pois, além de conter uma afirmação equivocada, àquele que não sofreu “lesão ou ameaça a direito”, também é conferido o direito “apreciação do Poder Judiciário” de suas afirmações:

Na verdade o direito subjetivo público de ação nasce no exato momento em que é estabelecido o monopólio da jurisdição pelo Estado, ou seja, quando da própria constituição deste; por conseguinte, não necessitava de norma expressa para que reste plenamente caracterizado, já que a vedação à autotutela é pressuposto da própria existência do Estado. E tem a *natureza pública*, na medida do caráter público da relação jurídica processual, cujo objeto consiste justamente na prestação de uma *atividade estatal*. (GOMES, 1999, p. 60).

Como delineado por Fábio Gomes, pretensão e ação são realidades fenomenológicas que existem em planos diferentes, e, justamente, por isso, são inconfundíveis<sup>207</sup>. Não é só o que ocorre. Prossegue Fábio Gomes (1999, p. 58-59), as duas realidades são distintas, porém, não se excluem: “Com o monopólio da jurisdição pelo Estado, a ação de direito material não desapareceu nem foi substituída, continuando a ser exercida através da ação processual”. Explica-se. O titular do direito subjetivo material não deve ser confundido com o titular do direito subjetivo público de ação frente ao Estado, já que as duas relações têm sujeitos, causa e objetos diversos. Bom exemplo é tratado por Mariononi:

O direito à tutela não depende da existência do direito, até porque o que vale é a declaração da existência do direito material, e não a sua efetiva existência. O juiz declara a inexistência do direito após já permitido ao autor caminhar pelo procedimento adequado à tutela do direito afirmado, isto é, quando já permitiu ao autor realizar o seu direito à adequada tutela jurisdicional. O fato de a sentença ser de improcedência não retira do autor o direito à adequada tutela jurisdicional. Ele não obteve uma sentença de procedência porque não foi declarado o direito material

<sup>206</sup> “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL, 1989).

<sup>207</sup> Cabe transcrever a perspicaz enunciação sobre a irrenunciabilidade da pretensão à tutela jurídica de Pontes de Miranda (1972, p. 113-114), a qual finda confusões sobre o conceito de ação: “A pretensão à tutela jurídica é irrenunciável, ainda que sejam renunciáveis o direito, a pretensão, ou a ação, que, invocando aquela, a parte deduz *in iudicium*. Contrato ou outro negócio jurídico sobre aquela pretensão seria contra-senso (cf. Konrad Hellwig, *Prozesshandlung und Rechtsgeschäft*, 47). Nem se poderia admitir tratar-se de *contratos minus quam perfectus*. Outra coisa é a renúncia ou o contrato eliminativo da ação (direito material a deduzir-se em juízo) : a) quanto ao direito, pretensão ou ação deduzíveis, se o direito é irrenunciável, pretensão e ação também são irrenunciáveis; se o é a pretensão, a ação também o é; b) sempre que o direito, a pretensão e a ação envolvem dever, esse é irrenunciável e, pois, a sua irrenunciabilidade contagia-se ao direito, à pretensão, ou à ação; c) ainda que renunciáveis o direito, a pretensão e a ação, a pretensão à tutela jurídica é irrenunciável. Se o direito foi mutilado, ou a pretensão o foi, ou a ação foi cortada, é renunciável o direito a alegá-lo, se a mutilação ou o corte não proveio da lei; porém nunca o direito do réu à pretensão à tutela jurídica.”

afirmado. Entretanto, não é porque o direito material não é reconhecido que o Estado deixa de prestar a tutela jurisdicional adequada ao demandante vencido. (MARINONI, 1996, p. 215).

Veja-se, sob outra óptica, que não há como se admitir que somente ingressem em juízo partes legítimas, portadoras de interesse na tutela jurisdicional e com pedidos juridicamente possíveis. Ao revés, esse é o único caminho para o efetivo exercício da jurisdição, ao analisar, o juiz, a existência das três condições da ação, para que, em caso positivo, o Estado possa findar a prestação jurisdicional com a efetiva entrega e satisfação do direito material ao governado.

É por isso que Fábio Gomes (1999, p. 59) expõe críticas a Galeno Lacerda (1958), pois “a causa da relação processual não são as condições da ação como pretende o Prof. Galeno Lacerda; *a causa é justamente o monopólio do exercício da jurisdição pelo Estado*”. Lembra que há hipóteses legais de legítima defesa da posse – repisadas no Código Civil vigente - sem que haja, então, necessidade de ser proposta ação processual, ou seja, existe ação de direito material, no caso, ao titular do direito subjetivo-material violado ou ameaçado ao agir com as próprias forças para conter o esbulho ou a turbação.

Admitindo-se, assim, que todos tenham o direito subjetivo de acesso aos tribunais, de forma abstrata e outorgada a todos indistintamente, é evidente que a ação que compete ao demandante há de ser igualmente abstrata e incondicionada. Com essas premissas parte, Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 84, grifos no original), para uma afirmação até então pouco percebida pela doutrina: quando Chiovenda referia-se a um direito de ação capaz de determinar sempre a procedência da demanda, afirmando que “somente haveria ação quando o juiz reconhecesse ao autor o ‘*direito de provocar a coação do Estado*’ (Principii, 47), para realização do próprio direito subjetivo, estava a tratar da mesma **ação de direito material** de que trata o art. 75 do Código Civil [1916]”.

Chiovenda não se referia à ação processual, como muitos imaginavam. O agir para a realização do direito existe, mas não se confunde com outro agir, que se dá com a ação processual. Nesta age-se duplamente: contra o Estado, para a realização de um direito subjetivo público à tutela jurisdicional, e, na outra, contra o réu, se a sentença reconhecer que o autor efetivamente tinha razão e era titular da situação de direito material afirmada na demanda. A ação (processual) não é um direito subjetivo pela singela razão de ser ela a própria expressão dinâmica de um direito subjetivo público que lhe é anterior e no qual ela mesma se funda, para adquirir sua pressuposta legitimidade. Uma coisa é o direito subjetivo

processual que a ordem jurídica reconhece a alguém o poder de tornar efetivo o direito por meio do exercício da ação processual; outra, como se percebe, não o poder, mas o exercício desse direito, por meio da ação (processual) <sup>208</sup>:

[...] podemos distinguir bem as duas formas de **agir** e, portanto, as duas espécies de **ação**: uma delas que se desenvolve no plano do direito material e corresponde ao **agir contra o obrigado, para realização do direito, independentemente de sua colaboração**; a outra, dirigida contra o Estado, para que ele, provocado pelo interessado (autor), exerça a atividade jurisdicional a que se obrigou e preste a respectiva tutela, dando resposta adequada ao pedido. A primeira espécie de **ação** tem como pressuposto um direito material preexistente de que é titular aquele que **age**. Esta, a “ação” processual, por força há de estar igualmente fundada num direito anterior. [...] Este direito à tutela estatal nasce a todos os participantes de uma dada comunidade jurídica, organizada sob a forma do Estado, precisamente a partir do momento em que a autotutela privada foi proibida, estabelecendo-se o monopólio da jurisdição. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 75, grifos no original).

Grande parte das divergências doutrinárias decorreram, assim, da equiparação do conceito de ação (processual) com o direito público subjetivo de acesso aos tribunais. O agir, quer seja encarado no âmbito do direito material ou relação à ação processual, pressupõe, necessariamente, a anterioridade do próprio direito. Isso quer dizer que a ação será, em qualquer caso, o exercício de um direito preexistente. Há outra consideração. O exercício da pretensão de tutela jurídica face ao juiz requer mais que a pretensão no âmbito do direito material, como simples exigência frente ao obrigado: “O direito processual exige mais, exige que o titular da pretensão de tutela jurídica formule sua exigência e, ao mesmo tempo, através do juiz, também ele efetivamente **aja** no sentido de obtê-la” (BAPTISTA DA SILVA, 1999, p. 71, grifos no original). Quer-se dizer que na ação processual não basta exigir e esperar que o juiz aja sozinho. Reside aqui o cerne da questão:

A verdadeira essência da função jurisdicional não é, portanto, o “pronunciamento” da sentença que compõe o litígio – que não passa de uma atividade-meio, apenas instrumental – senão que corresponde à **realização do direito material** que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização. O que ocorre, no entanto, é que o Estado para poder realizar o direito material, terá necessariamente de averiguar, antes, a existência real do direito cuja titularidade seja porventura afirmada por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência, decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder “ação”, no plano do direito processual, igualmente ao que não tenha direito, e, pois, não tenha pretensão e nem **ação**. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 69, grifos no original).

Portanto, o autor ao formular sua demanda desencadeia duas atividades que o juiz possivelmente deve realizar. A primeira delas é totalmente incondicionada e necessariamente produzida em decorrência do exercício da ação processual. A segunda, condicionada à vitória da primeira, ou seja, ao êxito da demanda processual, será, enfim, a tutela jurisdicional que o Estado presta ao demandante vitorioso. A ação de direito material - que é o exercício do

<sup>208</sup> Nesse sentido: (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 61).

próprio direito por ato de seu titular, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado<sup>209</sup> - é recusada pelas doutrinas em estudo, sob a singela alegação de ter sido substituída pela ação processual no momento em que vedada a autotutela pelo Estado<sup>210</sup>. Ocorre que a ação de direito material jamais foi substituída ou deixou de existir, passou a ser exercida pelos órgãos estatais.

A tutela jurisdicional no direito moderno não se limita, como ocorria no direito romano, a declarar a simples existência de um direito material ao qual se diz titular o demandante; ela vai além, realiza por meio de uma segunda ação o direito que a sentença reconheceu em prol do autor. Neste segundo momento da função jurisdicional, o Estado (que reconheceu a existência de um direito ao demandante) solidariza-se e exerce a originária ação de direito material (antes exercida pelo titular do direito) por uma forma estatal correspondente. É bom frisar que o problema da adequada tutela jurisdicional perfectibiliza-se com a efetiva realização do mandamento judicial (decisão processual), por meio da execução, via de regra, da ação de direito material estatal:

Há, no nosso modo de ver, direito e pretensão à adequada tutela jurisdicional. A pretensão à adequada tutela jurisdicional é pretensão a uma sentença que possa realizar ação (= o agir) que seria realizada – não fosse ter sido proibida – pelo particular em um dado caso conflitivo concreto. A pretensão à adequada tutela jurisdicional *é pretensão a uma sentença que aprecie a pretensão processual, e, em caso de procedência, realize o verbo (= a ação) nela indicado*. A pretensão processual, que nasce com o exercício da pretensão à tutela jurisdicional, mostra a ação (de direito material) pretendida, pois consiste no pedido de realização do direito material afirmado em juízo. (MARINONI, 1996, p. 215).

Chegamos a um ponto importante:

A ação chiovendiana nada tinha a ver com o “direito de acesso aos tribunais” e menos ainda com o exercício de tal direito (“ação” processual). De modo que, ao atacar-se a teoria do “direito concreto de ação”, procurando mostrar que a “ação” processual há de ser abstrata e incondicionada – pois também o demandante que perde a demanda teve e exerceu ação” -, em verdade, acusa-se a doutrina de um equívoco que ela só cometeu por impressão lógica e em virtude de suas ambigüidades que a “teoria eclética” conservou, quais sejam a de **confundir o direito com seu exercício**; e tratar da “ação” processual definindo-a como se a mesma fosse **ação de direito material**. Assim como não se deve dizer “direito reivindicatório”, e sim **direito** de propriedade e **ação** reivindicatória, **que lhe compete**, como um autêntico direito potestativo, tal como afirmava CHIOVENDA, assim também ao “direito constitucional de ação” (direito de acesso aos tribunais) - incondicionado e abstrato – há de corresponder a seus respectivos titulares (todos os

<sup>209</sup> Conceito extraído de Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 65).

<sup>210</sup> Importante é a colocação de Pontes de Miranda (1972, p. 114): “Ao conceito de *ação*, no sentido do direito material, não é preciso fazer-se qualquer referência ao juízo em que se deduza. A ação existe durante todo o tempo que medeia entre *nascere* e *preluir*, ou por outro modo se extinguir. [...] a prescrição não a faz preluir; só lhe encobre a eficácia. A *deductio in iudicium* é acidental, na duração da ação; tão acidental, tão estranha ao conteúdo daquela (= tão anterior é ela ao monopólio da justiça do Estado), que se pode dar (e é freqüente dar-se) que se deduzam em juízo ações que não existem, tendo o Estado, por seus juízes, de declarar que não existe, ou não existiam quando foram deduzidas.



cidadãos) o poder (direito potestativo) de fazê-lo efetivo no plano processual. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 85, grifos no original).

A este poder fundado em um direito preexistente (direito potestativo de fazer o direito constitucional de petição efetivo no plano processual), deu-se o nome de ação processual. A teoria de Chiovenda, para que não restem dúvidas, tratou da ação de direito material, por mais que não tenha sido plenamente compreendido por parte da doutrina.

Aonde se quer chegar, verdadeiramente, é na criticável concepção que tentou sintetizar uma teoria do direito da ação puramente processual (teoria da ação como um direito abstrato) com outra que tratava da ação de direito material, por meio de um inexplicável elo entre elas, por mais que intangíveis e inconciliáveis. A teoria eclética, não obstante considerar o direito de ação autônomo e abstrato, como feito pelo abstrativistas, considera havê-lo somente quando presente três condicionantes transmutadas da relação de direito material concreta (situação de fato), que o legitimem. Esses três requisitos foram trasladados erroneamente, deveras, extemporaneamente: de que modo podemos requisitar já na ação processual, dedicada justamente a verificar a existência de um direito material ao qual se diz titular o demandante, três condições que somente com o fim desta se saberão presentes? A ação de direito material, exercida por entes estatais, essa sim, precisa certificar-se – o que é feito pela ação processual – de que o demandante é a parte legítima e interessa para execução/satisfação do pedido da ação de direito material, se é que juridicamente possível. Anote-se:

Como se vê, a tentativa de LIEBMAN de afastar-se de ambas as teorias precedentes, procurando um conceito de “ação” processual que não se confundisse nem com o fenômeno estudado pela do “direito concreto de ação” e nem com o chamado “direito constitucional de petição”, não teve em conta o fato de que apenas existem duas relações jurídicas, uma de direito material – conteúdo do processo - que é a lide; e a outra, relação de direito público, que se estabelece entre parte e Estado, como manifestação da pretensão destas a que ele preste jurisdição. Como o autor terá direito à tutela jurídica estatal sempre; e, tendo razão, terá igualmente direito contra o réu, por serem, neste caso, duas relações jurídicas de que nascem direitos subjetivos, duas haverão de ser as ações: a ação de direito material e a “ação” processual. Não pode haver **terceira categoria**, que não se confunda com o fenômeno já identificado pelos “concretistas” e, simultaneamente, não seja também a “ação” abstrata indicada pela teoria pura do “direito abstrato de ação”. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 91, grifos no original).

Daí porque Liebman define a ação como o direito à sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representados pela lide, qual seja seu conteúdo, desde que presentes as condições da ação, pois possibilitam ao juiz decidir o *meritum causae*, ou a lide, expressões sinônimas. Assim, só existiria efetivamente lide quando existentes as condicionantes indispensáveis para o julgamento do mérito da causa, e, caso inexistentes, a

decisão que encerrasse o processo sequer seria jurisdicional. Não havendo desempenho da atividade jurisdicional, exercício de ação igualmente não teria havido.

Oportunamente, a conceituação da ação como direito a uma sentença de mérito revela outro equívoco. Ao réu também seria estendido o poder de ação, posto que essa, obviamente, já tivesse sido intentada. A doutrina liebmaniana confunde os fenômenos direito subjetivo, pretensão e ação – cada um existente tanto no plano de direito material quanto no processual. Especialmente, a confusão entre os conceitos de ação e pretensão forçaram seus seguidores a conferir ação também ao réu, pois também teria direito a um provimento de mérito (artigo 267, § 4º, do Código de Processo Civil<sup>211</sup>), ainda que, reforça-se, a ação, neste momento, já tivesse sido proposta pelo autor. De todo modo, importa notar que “o réu não ‘age’, mas opõe reação à ação do autor, ainda que se lhe reconheça idêntica pretensão de tutela jurídica. Os dois conceitos, embora próximos, são inegavelmente distintos [pretensão e ação]” (GOMES, 1999, p. 58)<sup>212</sup>:

Como se vê, confunde LIEBMAN, mais uma vez, o direito à sentença de mérito – portanto a categoria do estado de quem tem direito – com a ação que corresponde a seu **exercício**. Direito e pretensão (exigibilidade) a que o juiz decida a lide no mérito tanto tem o autor quanto o réu, pois, decorrido o prazo para a defesa, o autor não mais poderá desistir da ação, o que significa que o réu pode compeli-lo a permanecer no processo até a prolação da sentença de mérito. Também o demandado, portanto, tem direito à sentença de mérito, desde que é evidente a legitimidade de seu interesse em obter uma sentença que declare a improcedência da ação. E naturalmente não se poderá dizer que o réu, enquanto demandado, esteja a exercer ação. Quem **age** é o autor. É o sujeito do agir (ação). O réu não age, simplesmente **reaje** à ação de seu adversário. O que tanto o réu quanto o autor têm é **pretensão de tutela jurídica**. (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 90, grifos no original).

Fábio Gomes (1999, p. 45-46) vislumbra três grandes erros da teoria eclética. O primeiro foi conciliar duas teorias da ação inconciliáveis, a concreta e a abstrata. O segundo, a confusão entre ação e pretensão, deforma a conferir o direito de ação ao réu. O último advém da própria percepção do mestre italiano quanto à complicação em trasladar a análise das condições a ação para a ação processual: haver-se-ia o magistrado de aferi-las por meio de juízos meramente hipotéticos. Sem dúvida, a tentativa de criar uma zona comum entre as teorias concreta e abstrata não foi eficaz, até porque materialmente impossível, e, o que é pior, o modo imaginado para sanar essa complicação gerou outro grave problema, a redução do campo da atividade jurisdicional e a criação de uma atividade estatal de natureza desconhecida:

<sup>211</sup> “§ 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.”. (BRASIL, 193).

<sup>212</sup> Ressalva Gomes (1999, p. 58), o que é também aqui conveniente, ser “Desnecessário o esclarecimento no sentido de que os mencionados doutrinadores [ecléticos] não se referem às hipóteses de reconvenção, que têm a natureza de ação, mas às de simples oposição do réu, oferecidas em contestação.”.

A construção formulada por Liebman padece de pelo menos *três vícios* insuperáveis. O *primeiro* deles consistiu na tentativa de conciliação do inconciliável, ou seja, postar-se em uma posição intermediária entre a doutrina concreta e a abstrata, como que criando uma “zona comum” entre ambas; essa circunstância fez que a aferição da presença ou da ausência das chamadas condições da ação deva ser feita mercê de *juízos meramente hipotéticos*. A uma eventual tentativa de construção unitária já havia se insurgido Pekelis. O *segundo* consistiu em confundir ação com pretensão e, por via de consequência, conferir o direito de ação também ao réu. E o *terceiro* foi a redução do campo da atividade jurisdicional. Para aceitar-se a posição de Liebman ter-se-ia que criar uma atividade estatal de natureza diversa das três existentes (executiva, legislativa e judiciária), para enquadrar aquela exercida pelo juiz ao decidir sobre as condições da ação; ou, o que é pior, atribuir a um funcionário ou agente qualquer competência para o exame destas condições. (GOMES, 1999, p. 45-46).

Para ser minimamente coerente, ou pelo menos pretendendo assim ser, Liebman teve que imaginar uma atividade prévia exercida pelo juiz que ainda não fosse a verdadeira jurisdição, na qual se investigariam os pressupostos processuais e as condições da ação. Admitiu expressamente tratar-se essa fase preparatória de um filtro, de modo a evitar que haja exercício de jurisdição quando faltarem requisitos considerados imprescindíveis para que a lei possa alcançar resultados satisfatórios. Como se depreende, a inexistência das condicionantes inviabiliza o exame do mérito e da existência da própria ação, donde se conclui que o exame das condições da ação e demais questões prévias não teria natureza jurisdicional.

Para Galeno Lacerda (1958, p. 56/27), o pretexto para justificar a posição era a preocupação desmedida com as postulações absurdas, ou de injuridicidade manifesta levadas a juízo por força de um direito de agir, bem como, o “laço de união” entre o direito material e o direito processual, no qual se desencadeia toda a origem e histórica das teorias da ação, agora voltada apara unir ideais concretistas e abstrativistas, foram as condições da ação. As condições da ação, nas palavras de Galeno Lacerda, era uma tentativa de contornar o problema da desunião dos polos processual e material por meio de uma “zona comum”.

Ocorre que os problemas gerados pela de eliminação dos vínculos entre direito material e processo foi tão profunda que a ideia de que jurisdição e processo, instituições criadas pelo Estado com a finalidade de realizar a ordem jurídica por ele estabelecida, somente agora, passados mais de cem anos, foram redescobertos: a função do processo é instrumental<sup>213</sup>. Nesse sentido:

[...] demonstra o Prof. Ovídio A. Baptista da Silva que a tentativa de eliminação os *imprimíveis vínculos de ligação entre direito material e processo* fez-se com tal profundidade e eficácia que somente agora, passados mais de cem anos, são esboçadas tímidas tentativas de resgatar a idéia de que a jurisdição e, portanto, o processo, são instituições criadas pelo estado com a exclusiva finalidade de realizar

<sup>213</sup> Extraído de Ovídio Baptista da Silva (1996, p.164).

a ordem jurídica que ele próprio estabelece. Em outras palavras, somente agora foi possível à Ciência Processual pensar seriamente na função instrumental do processo, valendo referir as lições de Cappelletti, Proto Pisani e a passagem de Vittorio Denti quanto à significação da “redescoberta dos vínculos entre Direito Material e Processo para o futuro da Ciência Processual”. (GOMES, 1999, p. 49-50).

Como já dissemos, a causa da ação processual é o monopólio do exercício da jurisdição pelo Estado, que assume a responsabilidade de tornar real um direito material reconhecido em juízo. A tentativa de criar um elo de ligação entre as searas do direito material e processual por meio das condições da ação peca desde logo. Como se percebe, as condicionantes estão atreladas à relação substancial deduzida a qual se diz titular o demandante, o que por si só, esclarece os erros históricos e doutrinários da categoria jurídica condições da ação.

Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 92) lembra que se a ação processual fosse invariavelmente abstrata, “não haveria porque conservarem-se as inúmeras ‘ações especiais’, de ritos diferentes”. A afirmação é de todo categórica. A declaração judicial<sup>214</sup> sobre um direito questionado existe para que o Estado verifique sua veracidade, e, caso positivo, desenvolva a ação de direito material competente e efetive o direito material do titular<sup>215-216</sup>. Em determinados casos, devido às particularidades do direito material, como, por exemplo, nas tutelas antecipadas e nas ações executivas *lato sensu*, o Estado executa a mesma ação de direito material que a declarada por decisão judicial no rito comum, porém, subsidiada de títulos judiciais de cognição diferentes (sumária, no caso da tutela antecipada) ou sob a forma de títulos extrajudiciais (ações executivas *lato sensu*).

É por isso que a ação de direito material pode ser autorizada por um exercício de cognição diferenciado do comum - no caso da tutela antecipada, a cognição sumária -, já que não havia outra maneira de garanti-la ao demandante, sob pena de restar frustrada a

<sup>214</sup> Trata-se o termo “declaração judicial” evidentemente de forma genérica, sem prejuízo e interferências significativas que as demais naturezas dos provimentos, como nas ações constitutivas e condenatórias, possam desqualificar ou descaracterizar o exposto.

<sup>215</sup> Preceitua Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 203): “A tutela jurisdicional não consiste na prolação da sentença, mas é *produzida* por ela e pelos efeitos que projeta sobre a vida das pessoas [...]. A tutela jurisdicional consiste na efetiva concretização, em benefício do vencedor, de uma situação melhor que a existente antes do processo e do provimento jurisdicional que ali o juiz emite. A sentença de mérito é o *meio* de oferta dessas situações melhores por obra dos juízes, ou seja, modo de oferecer a tutela jurisdicional. Esta, em si mesma, não se confunde com a sentença que a concede nem é rigorosamente correto afirmar que *sempre* a sentença produza a tutela programada em abstrato pelo direito positivo: uma condenação não satisfeita pelo obrigado e não levada à execução ficou a meio caminho e não ofereceu tutela plena ao credor.”

<sup>216</sup> Completa Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 213-214): “Alguns falam em efetividade da tutela jurisdicional, mas não aceitam a existência de um direito à ação adequada. Porém, se o procedimento adequado, apenas para tomarmos um exemplo, é garantido pelo princípio da inafastabilidade, o direito de ação compreende o direito ao procedimento adequado e, então, podemos falar em ação adequada. A doutrina, quando trata do interesse de agir, lembra, por exemplo, que o mandado de segurança não é medida adequada para a cobrança de créditos pecuniários. Como se vê, a doutrina sempre tratou da ação falando sobre procedimento. Se falta interesse de agir quando o procedimento é inadequado, o direito de ação exige não só que o procedimento seja útil, mas que ele também seja efetivo. Não há motivo para continuarmos pensando o direito de ação como um simples direito a uma sentença, quando sabemos que o direito de ação assegura a tutela jurisdicional adequada; a menos que se entenda que o direito de ação é garantido quando o procedimento é inefetivo.”

efetividade judicial – como já soprado por Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 215) <sup>217</sup>. De todo modo, a apreciação das condições da ação seguirá a cognição utilizada para análise do objeto litigioso da demanda, no exemplo, a sumária. Situação semelhante ocorre na ação executiva *lato sensu*, em que as condições da ação são aferidas no título executivo extrajudicial – que se equipara, por opção legislativa, aos títulos judiciais ante a ação de direito material.

O que se quer dizer é que, em todos os casos – todos os ritos diferentes, todas as ações especiais, como perspicazmente analisou Ovídio Baptista da Silva -, as condições da ação versam sobre o direito material, independentemente do título executivo (para os extrajudiciais, desde que previstos em lei e respeitados seus requisitos legais) ou da cognição que o lastra. O título executivo é documento hábil a autorizar o Estado a exercer e efetivar a ação de direito material, pois representa um conhecimento sobre o direito material. Do mesmo modo que é impossível haver uma ação universal, cabível para todas as formas de direito material existentes, é impossível que as condições da ação sejam o elo de ligação entre o direito material e o processual, como pretendido por Liebman.

Há um grande equívoco na doutrina de Liebman ao sustentar que o conteúdo da sentença de mérito é composto unicamente pela declaração, ou, na pior das hipóteses, por declaração e constituição, “em razão do que não seriam de mérito nem as declarações de simples probabilidade contidas, exemplificativamente, numa liminar, nem os provimentos executivos contidos eventualmente tanto nas liminares quanto na própria sentença de mérito.” (GOMES, 1999, p. 55). Na primeira hipótese (a liminar), a sentença (declaração) seria insuficiente para compor uma decisão de mérito porque sem a relevância de eficácia da própria sentença definitiva e, na segunda, quanto ao provimento executivo, por se tratar de uma mera consequência do julgamento de mérito, seria inconfundível com o próprio mérito

---

<sup>217</sup> Para o autor, “Direito à adequada tutela jurisdicional não é o mesmo que direito ao provimento de mérito. O autor, para obter tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador (procedimentos – inclusive com aquela cognição -, provimentos, meios coercitivos). Não há razão, porém, para diferenciar direito de ação de direito à adequada tutela jurisdicional, pois não é verdadeira a premissa de que só tem direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem direito material. Se é preciso garantir o direito ao procedimento adequado à tutela do direito, não é possível dizer que somente aquele que é amparado pelo direito material tem direito à adequada tutela jurisdicional. Suponha-se que tenha sido proibida a tutela cautelar e que alguém pretenda pedir tal tutela invocando a garantia constitucional que confere a todos o direito de ação. Ora, se o direito de ação não garantisse o direito à adequada tutela jurisdicional, mas apenas o provimento de mérito, pouco adiantaria a garantia constitucional. Quem parte da premissa de que só tem direito à adequada tutela jurisdicional aquele que tem razão perante o direito material não consegue dar a amplitude necessária ao princípio da inafastabilidade, que garante a todos, estejam ou não amparados no plano do direito material, a adequada tutela jurisdicional. O direito de ação tem como corolário o direito ao procedimento adequado à tutela do direito afirmado, pouco importando-se aquele que vai propor a ação tem, efetivamente, direito material.” (MARINONI, 1996, p. 214-215).

da causa<sup>218</sup>. Ocorre que nas duas hipóteses narradas há, sem dúvida, atividade de natureza jurisdicional e apreciação de ponto pertinente ao mérito da causa:

Para a doutrina tradicional, eventuais alterações profundas e devastadoras causadas no mundo dos fatos por medidas liminares não ensejarão quaisquer perturbações teóricas, pois para essa doutrina tais mudanças na realidade empírica, ainda que irreversíveis, continuarão provisórias no “mundo jurídico”. Na verdade, encontra-se a doutrina tradicional teoricamente presa à compreensão da jurisdição apenas como declaração de direitos; para essa doutrina, portanto, jurisdição e coisa julgada são conceitos correlatos. Entretanto, a verdadeira essência da função jurisdicional não é o “pronunciamento” da sentença que compõe o litígio, mas sim a “realização do direito material” que o Estado impediu que se fizesse pela via privada da auto-realização; e para tanto é inevitável que o Estado conceda a ação processual tanto ao titular do direito material como àquele que não o é, justamente porque somente após a certificação da titularidade é que poderá haver a realização do direito. (GOMES, 1999, p. 55).

Além disso, prossegue Ovídio Baptista da Silva (1996, p. 179), os processualistas submeteram a eficácia das sentenças a criações de Direito Processual, independentemente da natureza dos respectivos objetos litigiosos que lhes caberia instrumentalizar, o que enseja a conclusão de que uma sentença é declaratória ou constitutiva, por exemplo, porque o legislador de processo assim o quis, e não em razão da respectiva pretensão de direito material da qual ela advém<sup>219</sup>. Em outra obra, leciona Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 93, grifos no original):

Os provimentos judiciais, tanto de jurisdição contenciosa, quanto de “jurisdição voluntária”, segundo este critério, podem ser divididos em sentenças **declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas e mandamentais**, conforme a **pretensão de direito material** do autor vitorioso seja dirigida a obter a simples declaração de existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica; ou tenha por fim sua constituição, modificação ou extinção; ou colime a simples condenação do demandado a cumprir uma obrigação; ou finalmente tenha por objeto obter, desde logo, a **realização do direito litigioso** no processo de conhecimento, mediante um ato de execução praticado pelo juízo; ou através de um simples mandado ou ordem que o magistrado emita, como porção do conteúdo sentencial. Esta classificação diz respeito às **sentenças de procedência**, de modo que é ilusória a suposição de que ela seja uma forma apenas processual de classificarem-se sentenças [...] diz respeito à natureza do direito posto em causa pelo autor e reflete a correspondente **ação de direito material** que há de ser realizada pela sentença.

Posto constituir o vício dos processualistas, ao proclamarem que as eficácias das sentenças são criações de índole processual - afastando a dependência dos respectivos direitos

<sup>218</sup> Extraído de Fábio Gomes (1999, p. 55).

<sup>219</sup> Exemplifica e define a situação Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 119): “Se uma ação de usucapião difere de outras qualquer em virtude da **pretensão de direito material** afirmada existente pelo autor, como acabamos de ver, ou seja, se uma ação de anulação de contrato ou de casamento diferem em si **em razão da natureza do direito material posta em causa**, então a classificação das sentenças em **declaratórias, constitutivas e condenatórias**, diz respeito à natureza da controvérsia de que o respectivo processo se ocupa; e nada tem a ver com a relação processual, enquanto tal. Uma ação será declaratória, ou constitutiva ou condenatória ainda que ela seja ordinária, sumaríssima ou especial, não porque a relação processual imprima nela tais características, e sim porque a lide contida no processo **tende para um resultado declaratório, constitutivo ou condenatório**. Duas demandas processadas digamos pelo rito ordinário, sendo uma delas declaratória e outra constitutiva, apresentar-se-ão, sob o ponto de vista formal, absolutamente idênticas, até a prolação da sentença de mérito que as julgue ambas procedentes. A distinção entre elas- distinção da maior importância para a ciência processual – somente aparece depois de haver sido proferida a sentença e corresponde às respectivas eficácias de cada uma delas.” (BAPTISTA DA SILVA, 1991, p. 119, grifos no original).



litigiosos -, equívoco tão profundo e arraigado no pensamento e na tradição doutrinária “que ninguém questiona como a ‘ação’ processual que eles concebem como “una” e “abstrata” poderia ter *conteúdo* declaratório, ou constitutivo, ou condenatório, sem tornar-se ‘azione dela tradizione civilistica’” (GOMES, 1999, p. 50), o estudo das sentenças de procedência permite o verdadeiro reencontro entre o direito material e o processual:

Embora não seja da competência do legislador processual o tratamento sobre o conteúdo das demandas (ações de direito material), pois estariam legislando no campo do Direito material, é também certo que o tratamento do problema deve ser feito pelos processualistas, na medida em que envolve o estudo das sentenças de procedência, permitindo o reencontro dos vínculos entre o Direito Material e o processo e contribuindo assim para a desejada efetividade da tutela jurisdicional. (GOMES, 1999, p. 51).

É por isso que somente por “mera ficção é que as condições da ação podem ser trasladadas para o âmbito do direito processual” (GOMES, 1999, p. 48).

Tanto é que a natureza da decisão que julga por carente uma ação restou totalmente inexplicável por Liebman, já que atividade jurisdicional, segundo afirmam os ecléticos, não teria havido. Fredie Didier Júnior (2005, p. 210-211) sintetiza as perguntas não respondidas em por esta criticável doutrina:

A teoria eclética da ação não consegue responder a duas perguntas: a) qual a natureza jurídica do ato que extingue o processo por carência de ação? b) se não houve ação, por que o Estado se manifestou para aplicar o direito objetivo e impedir o curso regular do processo? c) o que justificaria, então, já que não houve ação, a movimentação do aparelho jurisdicional? Liebman não esclareceu essas questões. Seu silêncio, lembra Calmon de Passos, autorizou severa e letal crítica que lhe fez Guillén, pois, se naqueles casos não há processo, “impunha-se duplicar a teoria geral em duas (para processos com ação e para processos sem ação), com a circunstância, entretanto, de que, no início de todos eles, não se podendo saber (segundo Liebman) se a ação existe ou não, a pertinência de um determinado processo a uma ou outra teoria geral somente seria determinável *a posteriori*.

Vários foram os doutrinadores que tentaram explicar o fenômeno, que, de uma forma ou de outra, não obtiveram êxito. O primeiro, com lembrado por Fredie Didier Júnior, foi Victor Fairén Guillén, pois a definição liebmaniana sobre a ação tornaria impossível a constatação do marco inicial de um processo<sup>220</sup>. Questão idêntica é posta por Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 82, grifos no original):

[...] onde começa para LIEBMAN, a atividade jurisdicional? Eis aqui o ponto de discórdia. Porventura haverá, segundo o entendimento desde processualista, atividade jurisdicional quando o juiz rejeita liminarmente a “ação” por considerar **inepta** a petição inicial (art. 295, I, Cód. Proc. Civil)? Ou por reconhecer como inexistente a **legitimação para a causa**, porque verifique o magistrado, desde logo, que o direito subjetivo material posto em causa não pertence àquele que se afirma dele titular; ou se ocorre, a um primeiro exame, evidente falta de interesse

<sup>220</sup> Veja-se o exposto em Victor Fairén Guillén (1954, p. 79).

processual no provimento solicitado pelo autor, de tal modo que o juiz liminarmente encerre tais processos inviáveis? [...] Só haverá jurisdição, diz LIEBMAN, quando – ultrapassada essa fase de averiguação prévia – constatar o juiz que a causa posta em julgamento está constituída, no processo, de forma regular e **capaz de ensejar uma decisão de mérito sobre a demanda**, ainda que esta decisão seja contrária ao auto.

Prossegue Fairén, ter-se-ia uma teoria geral do processo para os processos com ação e outras para os processos sem, de modo que não se conseguiria identificar, em qualquer dos casos, a presença ou não da ação. Assim, defende que a pertinência de um determinado processo a uma ou outra teoria geral só se poderia identificar *a posteriori*<sup>221</sup>. Por sua vez, Botelho de Mesquita (1975, p. 94), em vista da indefinição de Liebman quanto à natureza da atividade exercida pelo juiz ao examinar as condições da ação, se se enquadraria no âmbito da jurisdição - como visto das obras do italiano, certamente não seria o caso -, da administração ou da legislação, propugna a criação de uma quarta atividade estatal para explicar esta polêmica decisão. Outros autores dentre eles Osvaldo Afonso Borges, complementam a tese de Botelho de Mesquita, ao sustentarem que esta decisão trata-se de mera função público-administrativa de fiscalização da lei processual. As invenções jurídicas são pontualmente rechaçadas por Fábio Gomes (1999, p. 54):

Em primeiro lugar o problema existe justamente porque o jurista está limitado ao pressuposto da divisão tripartida dos poderes (legislativa, administrativa e jurisdicional); a criação de uma quarta tornaria qualquer dessas soluções ilegítimas, pois desaparecerá o próprio problema. Em segundo lugar, tal como já demonstrado à saciedade por Calmon de Passos na esteira de Pontes de Miranda, a fiscalização da lei, nestes casos, perderia todo e qualquer sentido se ausente o poder de fazê-la atuar de forma vinculativa para as partes e para o próprio juiz. E isso só é possível através da jurisdição. (GOMES, 1999, p. 54).

Galeno Lacerda (1953, p. 82), atento aos fenômenos e confusões entre os âmbitos do direito material e processual, enfrenta a problemática ao afirmar que a decisão que reconhecesse inexistentes as condições da ação sempre comportaria sentença de mérito. A exposição foi alvo de críticas do próprio Fábio Gomes, porque “admite até uma sentença de mérito embora inexistente a própria ação, em outras palavras, para Galeno Lacerda é possível que se tenha uma sentença de “carência de ação”, com *julgamento de mérito!*” (GOMES, 1999, p. 52).

De fato, algumas confusões conceituais são feitas. O direito de acesso ao Judiciário é fundado no direito cívico de petição e materializado por meio de uma ação processual. Não há como se impedir, como já dito, que se intentem demandas judiciais onde o autor é ilegítimo para estar na causa, desinteressado na tutela jurisdicional, ou que seu pedido não seja juridicamente possível. Esta é, aliás, a situação que legitima demandas “carentes de

<sup>221</sup> Visto em: Victor Fairén Guillén (1954, p. 79).

ação” a estarem tramitando – como não a souberam explicar, por exemplo, a teor de partes ilegítimas para agir, os adeptos à teoria da legitimidade como aparência jurídica, a teoria da situação legitimante como relação prodrômica e a que explica a situação legitimante como decorrência de princípios específicos do processo, a qual se incluem Donaldo Armelin e Ugo Rocco.<sup>222</sup>

O direito constitucional do demandante de ter seus pedidos julgados pelo Judiciário não se confunde com a análise das condições da ação, ou seja, com a análise do objeto litigioso. Acertadamente afirma Galeno Lacerda que o julgamento que reconhecer inexistentes as condições da ação consubstanciará decisão de mérito. Adiciona-se que tal julgamento poderá ser proferido *prima facie* ou após exaustiva produção de provas, pois não é o momento da análise de um pedido ou a produção de provas para apreciá-lo que determinará a análise do mérito, é a simples decisão quanto ao objeto litigioso o fator determinante.

O erro está em suscitar que a decisão que reconhece inexistentes as condições da ação estaria “julgando o mérito embora inexistente a ação”: a ação consuma-se pela simples propositura por parte do demandante, até porque dizer que ação não existe é a maior das incoerências imagináveis. Em suma, julga-se o mérito - ou o objeto litigioso - da demanda posta: a confusão das condições da ação com o mérito é tão incontroversa quanto se possa imaginar:

[...] as três condições da ação constituem faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial, sabido que é sempre da situação da vida lamentada pelo demandante, em associação com o resultado jurídico-substancial pretendido, que resultam a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de parte (...) cada caso, é quase que exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não. (LIEBMAN *apud* DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 213).

Não havia outro modo para Liebman senão considerar que a análise das condições da ação fosse efetuada por um raciocínio hipotético, em que se presumissem verdadeiras as alegações do autor, para que, em cotejo com a ação (legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir), se pudesse analisar a admissibilidade da demanda, ou seja, para que não se perpetuassem em trâmite “ações carentes”. Liebman acabou por cair na concepção privatística do processo, como ensina Fábio Gomes (1999, p. 44-45):

[...] Liebman acabou por cair na concepção privatística do processo. Para tentarem ficar imunes a esta crítica, Liebman e seus seguidores recomendam que *diante do pedido se deve raciocinar no condicional*, com juízos hipotéticos, pressupondo verdadeiras as afirmações do autor, com *abstração* das possibilidades com as quais

<sup>222</sup> Leia-se Donaldo Armelin (1979, p. 98).

no juízo de mérito vai deparar-se o julgador. Assim, o exame de qualquer das condições da ação e a comprovação da presença das mesmas deve resultar da resposta afirmativa às seguintes perguntas: “Se verídicos os fatos narrados, existe lei que ampare a pretensão? Estaria o autor realmente interessado? Seria ele o titular do direito que pretende, e o réu sujeito passivo da eventual relação? Positiva a resposta, deve o juiz considerar presentes as condições da ação, admitindo “provisoriamente” verdadeiras as afirmações do auto. Para a doutrina Eclética, vale que se repita, a atividade do juiz, consistente no exame da presença ou ausência das condições da ação, nada terá de jurisdicional; tratar-se-á de “joeiramento prévio”, conforme expressão de Liebman.

A questão ganha dinamicidade quando o magistrado, “fazendo de conta” que as afirmações são verdadeiras, mesmo assim, constata que a demanda não seria positiva ao demandante. Essa é a razão e tese principal defendida por Liebman, um juízo hipotético capaz de gerar economia processual e evitar o exercício da jurisdição para julgar pedidos “manifestamente injurídicos”.

Ocorre que, em um primeiro momento, somente se poderia falar de injuridicidade manifesta após a sentença, ou seja, após o autor submeter a relação substancial ao único órgão jurisdicional competente para julgamento, o qual, por meio da jurisdição, detém força vinculativa. No âmbito processual, pelo menos, não há como negar o fenômeno, consoante defende (GOMES, 1999, p. 48). E continua:

Na verdade, a *relação jurídica processual* que se estabelece entre *autor-juiz-réu* não pode ser confundida com a *relação de direito material* posta à apreciação do órgão jurisdicional, pois elas têm *sujeitos, causa e objetos diversos*. Mas erigir as condições da ação em “elo” dessas duas realidades só é possível através de um legítimo “faz-de-conta”, como admite indireta, mas claramente, J. C. Barbosa Moreira, sustentando que ao perquirir sobre as mesmas o juiz “deve raciocinar como quem admita, por hipótese e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (juízo de mérito) a respetiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória”. Os adeptos da Teoria Eclética, ao imputarem de absurdas as hipóteses nas quais o juiz teria que jurisdicionar por força de pedidos “manifestamente injurídicos”, não se dão conta de que estão manejando dados que se encontram no plano do direito material. (GOMES, 1999, p. 48).<sup>223</sup>

Mais do que manejar no campo do direito material, as situações imaginadas por Liebman revelam ações de improcedência macroscópica ou *prima facie*, que dependem de maiores rebusques ou de provas para que sejam julgadas. São os casos, a título exemplificativo, em que o autor pede a renovação de aluguel de imóvel ao qual afirma não ser o locador. Nesta situação hipotética, mesmo se presumindo como verdadeiras as alegações do autor, o pedido revela-se macroscopicamente improcedente:

<sup>223</sup> Exemplificando a confusão dos planos, o doutrinador cita como exemplo o uso errôneo das expressões “ação de indenização” e “ação reivindicatória” no prisma processual. Relembra que as mencionadas “ações” encontram seu suporte em dispositivos do Código Civil, jamais na lei processual.

Na verdade, a falta de condições da ação revela, muita vez, situações de improcedência macroscópica, que justificariam, inclusive, o julgamento antecipado da lide; “hipóteses evidentes de improcedência do pedido, em que a solução para o caso independe de maiores aprofundamentos, haja vista a obviedade da solução da controvérsia”. O magistrado chega à solução de improcedência do pedido sem a necessidade de maiores considerações, nem de mais delongada instrução probatória. Nada dizem sobre a admissibilidade do procedimento. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 214)

E o que também é de suma importância, não se vislumbra como que uma decisão que julga carente uma ação, e, pois, sem análise do pedido, o que permite, em suma, sua repetição, pode ser tida como econômica. Se a apreciação das condições da ação é o próprio julgamento do objeto litigioso do processo, o que se tem tentado demonstrar e que também, de certa forma, não nega o autor da teoria eclética, pois admite ter trasladado para a seara processual este elemento de direito material, não há razão para essa decisão não produzir os efeitos de um julgamento de mérito – agora já adentrando na sistemática processual brasileira -, sobretudo porque todos os elementos de cognição judicial suficientes para uma decisão de mérito estão presentes. O princípio da economia processual, lembra o Professor Luiz Guilherme Marinoni, nada ganha com a teoria eclética:

O princípio da economia processual nada ganha com a teoria eclética, e o que recebe de benefício com a teoria que entende que as condições da ação devem ser aferidas *in statu assertionis* poderia também obter se o Código não falasse, por exemplo, em legitimidade para a causa. Não há, nesse aspecto, qualquer diferença entre decidir pela carência ou pela improcedência em razão da questão da coisa julgada material. Note-se, entretanto, que não existe razão para a sentença de “carência de ação” não ficar acobertada pela coisa julgada material, até porque não há, como foi dito, julgamento sumário das condições da ação; quando o juiz decide pela carência, ele decide com base no que é afirmado pelo próprio autor. (MARINONI, 1996, p. 212).

A análise *in statu assertionis* das condições da ação, operada por juízos hipotéticos de veracidade das alegações do autor, não corresponde, porém, a uma cognição sumária, ou que a questão decidida possa voltar a ser analisada sob outra cognição em outro momento do processo, continua Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 211-212):

As condições da ação devem ser aferidas de acordo com a afirmativa feita pelo autor na petição inicial, ou seja, *in statu assertionis*. Não se trata, porém, de fazer um julgamento sumário das condições da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas com base em outra cognição. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito. Melhor explicando: quem se diz proprietário está legitimado para a ação de reivindicação; quem não é proprietário (mérito) não tem direito material à reivindicação, ou seja, não tem ação de direito material.<sup>224</sup>

<sup>224</sup> Em sentido contrário, entendendo a cognição (*in statu assertionis*) das condições da ação sumária, leciona Rodrigo Klippel (2005, p. 94-95): A análise ou cognição das condições da ação [...] somente pode ser qualificada no plano vertical como cognição sumária, visto ser implementada com abstração do contraditório, considerado em hipótese ou efetivamente. Haja ou não contraditório, para a análise das condições da ação deve-se abstrair de qualquer material postulatório que fuja dos limites da petição inicial. A sumariedade da cognição das condições da ação, segundo o método da asserção, está justamente na abstração do contraditório, visto que sua realização já retira as afirmações do autor de um plano unilateral e as coloca à prova, o que significa o real início do embate que animará todo o procedimento até a

Deveras, as incongruências da análise das condições da ação com o mérito da demanda, além das indesejáveis consequências da extinção do processo sem julgamento de mérito, sobretudo pela redação do artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil, sugeriu à majoritária doutrina e jurisprudência brasileira apresentar uma solução hermenêutica de acordo com a teoria liebmaniana, que aprecia as condições da ação em dois momentos distintos: a) primeiro analisam-se as condições da ação *in statu assertionis*, presumindo-se verdadeiras as razões iniciais e; b) caso a ação prossiga a esta análise prévia, no momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento, o restante seria julgamento de mérito, ressalvados os fatos supervenientes que determinassem a perda de uma condição da ação – é o que se viu acima das exposições de Barbosa Moreira e Mariononi, a título exemplificativo. “A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de *teoria da asserção ou prospettazione*.” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 217)<sup>225</sup>.

O problema é bem trabalhado por Luiz Guilherme Marinoni. Primeiramente ressalva que não é apenas nas afirmações do autor que se analisam as condições da ação, mas também face à instrução do processo, pouco importando o momento procedimental para tanto. Lembra, ao fim, que julgar por carente uma ação após dilação probatória, seria o mesmo que fadar a ação à improcedência – refere-se ao concretismo<sup>226</sup>:

O maior problema da teoria de Liebman, contudo, está na sua proximidade à teoria da ação como direito concreto. Como é sabido, as condições da ação, para Liebman, não resultam da simples alegação do autor, mas na verdadeira situação trazida a julgamento. De acordo com Liebman, as condições da ação não devem ser aferidas apenas em razão da afirmação do autor, cabendo também a sua análise em face da instrução do processo, pouco importando o momento procedimental do seu exame. Não obstante, não é demais lembrar o verdadeiro pânico que toma conta dos operadores jurídicos quando se defrontam com os casos como o da ação reivindicatória, na qual o juiz, após instrução, verifica que o autor não é proprietário. Deve ele extinguir o processo sem julgamento do mérito por falta de legitimidade para a causa ou julgar improcedente o pedido porque o autor não tem o direito material afirmado? Podemos dizer, sem medo de errar, que a teoria que aceita que o caso é de carência de ação mais perto do concretismo do que pode imaginar. (MARINONI, 1996, p. 211).

---

decisão apta a gerar coisa julgada (segundo entendimento dominante). E contrastar argumentos, pretensões é exatamente o que faz o processo como método de organização da função jurisdicional. Trazer essa dialética para o campo das condições da ação, estabelecendo-se uma cognição mais ampla, significaria extinguir ou o conceito de mérito – fazendo-o incidir na categoria prévia, ou o do abstrativismo da ação. Condicionar a análise das condições da ação ao contraditório – ou pelo menos permiti-las com base nele – seria extravasar os limites da ação, ato de demanda, do autor, portanto.

<sup>225</sup> Dentre tantos notórios seguidores, dispõe Marques (1967, p. 224-225): “O mesmo não sucede, porém, com as condições da ação, uma vez que se colocam como nexos entre as questões de forma e as de direito material, entre os pressupostos formais da instância e o mérito da causa. Para solucionar controvérsias surgidas na causa a respeito da legitimatio ad causam ou do interesse de agir, necessita o juiz, muitas vezes, de examinar questões de fato que só após as provas produzidas ficarão completamente esclarecidas. Ante tal contingência, outro remédio não há senão o de aguardar a audiência de instrução e julgamento para pronunciar-se a respeito da questão.”.

<sup>226</sup> Ressalve-se as lições de Ovídio Baptista da Silva (1991, p. 85), direcionadas à teoria de Chiovenda, que, como tratado, estudavam a ação de direito material, e não a processual. De todo modo, a exposição de Luiz Guilherme Marinoni é válida e compreensível.



A solução vislumbrada pela teoria da asserção quanto ao problema meritório das condições da ação não é de todo desprezível, ao revés, pela redação do Código de Processo Civil é a melhor possível, vez que ameniza os inconvenientes que a extinção sem julgamento de mérito da decisão sobre as condições da ação poderia causar diante de uma leitura e aplicação literal do § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil. Não é a posição, todavia, que aqui se defende: “A falta de uma dessas condições da ação, reconhecida liminarmente ou após a instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A natureza de uma questão não muda de acordo com o momento em que é examinada” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 219).

Desse modo, rejeita-se a teoria da asserção, posto que razoável na medida em que entende produzir julgamento de mérito (incidência sobre o objeto litigioso do processo) a decisão incidente sobre as condições da ação, mas que erra ao tê-las por diferentes ao visualizar no “momento da prolação, uma circunstância, por si só, capaz de alterar a natureza de decisão e mérito para decisão de não mérito, o que é inadmissível” (WAMBIER, 1998, p. 44).

Definitivamente, não é o grau de imediatidade que define se o julgamento de uma questão – que, em especial às condições da ação, ressalvados casos de mudança de fato (rememore-se que não há preclusão para o exame das questões em torno das condições da ação, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame), importa em dúplice julgamento de uma mesma questão, e, pois, em violação ao princípio da economia. Nesse sentido, aponta Donaldo Armelin (1979, p. 55):

Isto significa que o direito material, até a sentença de mérito, encontra-se paralelamente ao direito processual, encontrando-se com este, porém, por ocasião da sentença de mérito. Embora esse princípio enseje exceções, no sistema que adota a existência de condições de admissibilidade da ação, estas mesmas exceções cuidam de direito material – caso, v.g., da legitimidade que se constitui pressuposto do ato e não se inclui neste. Ora, o direito material (excepcionalmente também o direito processual, como se viu supra) veiculado no bojo do pedido não deveria constituir, pela constatação *prima facie* de sua inexistência, uma condição de admissibilidade de seu próprio exame. Ou seja, não se deveria transvestir o grau de imediatidade da aferição da inexistência de um direito em condição de admissibilidade dessa própria constatação, que é matéria normalmente, de mérito.<sup>227</sup>

<sup>227</sup> Apenas se ressalva que fatos processuais também podem ser objeto de um processo (mérito), como ocorre na ação rescisória. Isso porque no Processo Civil o direito material não se confunde com direito privado ou direito “não processual”, podendo-se dizer que uma questão puramente processual pode ser objeto de mérito de um processo: “[...] no âmbito do processo civil, ao se falar em “direito material” não se deve confundi-lo com direito privado ou, genericamente, com direito não processual. Na perspectiva do processualista, como acertadamente discorre o Prof. Ovídio Baptista da Silva, alimentado em Pontes de Miranda e em Goldschmidt, mesmo uma relação decorrente do processo, ou de uma questão puramente processual, quando posta à apreciação do órgão jurisdicional e constituir a *res deducta* há de ser tratada como pertinente ao direito material. Basta que sejam lembradas as hipóteses da ação rescisória e da ação de restauração de autos, já que ambas decorrem de atos processuais que irão constituir a relação que será posta à apreciação do juiz através de uma ação diversa daquela no âmbito da qual os referidos atos foram praticados. Pontes de Miranda, discorrendo sobre a ação rescisória, sustenta que o processo tem por fim

De todo modo, “qualquer que seja seu objeto, ocorrendo a impossibilidade jurídica do pedido ou a ilicitude da *causa petendi*, a justificar a preexclusão do julgamento de mérito, que é o próprio pedido, em verdade o que sucede é um julgamento *prima facie* do mérito” (ARMELIN, 1979, p. 53)<sup>228</sup>. Os adeptos da doutrina eclética, posto que não negassem que a análise das condições da ação fosse matéria de mérito – é o que se extrairá de uma passagem de Liebman, abaixo – em verdade, procuravam contornar o problema, afirmando que a investigação de tais elementos não implica exame de mérito porque deve ser levada a efeito hipoteticamente<sup>229</sup>:

Aliás, o próprio Liebman, em conferência proferida em 1949, já afirmara que “todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação *ad causam*, deve ser proposto e resolvido admitindo-se provisoriamente, em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras, só nessa base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação e do interesse [importa lembrar que da edição desta obra, Liebman já havia trasladado a possibilidade jurídica do pedido para dentro do interesse de agir]. Quer isto dizer se da contestação do réu surge a dúvida sobre a veracidade das afirmações feitas pelo autor e é necessário fazer-se uma instrução, já não há mais um problema de legitimação ou de interesse, já é um problema de mérito” (LIEBMAN *apud* FREIRE, 1999, p. 52).

A consequência é desastrosa: bastaria ao demandante mentir em juízo “para adquirir direito à jurisdição” (GOMES, 1999, p. 68)<sup>230</sup>, como, por exemplo, em uma ação de despejo, bastará ao autor dizer-se locador e, o réu, proprietário, para que os ecletistas

---

realizar o direito objetivo, tanto material quanto formal. A seguir, impõe a distinção entre direito processual e processo, ensinando que o primeiro é norma, e o segundo é fato.” (GOMES, 1999, p. 49).

<sup>228</sup> Vale repisar o clássico exemplo de Calmon de Passos: “Quanto à possibilidade jurídica do pedido, a lição de Calmon de Passos é insuperável. Demonstra ele que não há qualquer distinção entre a impossibilidade da tutela em abstrato e a pretendida no caso concreto, citando, como exemplo, uma ação de usucapião em que o autor declinasse na inicial estar na posse de determinado imóvel há 4 (quatro) anos, com *animus* de dono, requerendo ao final que o juiz o declarasse proprietário: obviamente, pela sistemática do Código, seria julgado carecedor da ação ante a ausência de previsão legal para o atendimento do pedido; por igual, não se poderia falar em julgamento de mérito. Contudo – segue Calmon –, se este mesmo autor houvesse ingressado com a ação alegando estar na posse da área há mais de 10 (dez) anos e invocasse o art. 156, § 3º (da Constituição Federal de 1946), estaria presente a referida **condição** da ação, ainda que durante a instrução do feito viesse a ficar comprovada a posse de 4 (quatro) anos; mas, nesta última hipótese, não haveria carência de ação e sim julgamento de improcedência, ainda que resultante da impossibilidade de aplicar a vontade da lei.” (CALMON DE PASSOS *apud* BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2010, p. 126-127). Prossegue, Calmon de Passos, perguntando-se qual seria a diferença das duas decisões: “Nenhuma, rigorosamente nenhuma. Na verdade, há uma distinção real a ser feita neste caso: é que na primeira hipótese o autor declinou a verdade na inicial, alegando uma posse de quatro anos, enquanto na segunda mentiu ser possuidor há mais de dez. Como para a doutrina eclética a condição da ação deve ser aferida hipoteticamente, aquele que mentiu teve direito a uma sentença de mérito e à atividade jurisdicional”. (CALMON DE PASSOS *apud* BAPTISTA DA SILVA; GOMES, 2010, p. 127).

<sup>229</sup> Veja-se o posicionamento de Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 58), adepto à teoria da asserção: [...] não são poucos aqueles que afirmam serem as condições da ação questões integrantes do próprio *meritum causae* [...] Trata-se, evidentemente, de uma visão equivocada, especialmente quanto ao interesse de agir e à legitimidade para a causa, posto que [sic] as condições da ação são requisitos aferidos em função da relação hipotética afirmada em juízo, independentemente de sua efetiva existência.”

<sup>230</sup> Cândido Rangel Dinamarco rebate, em sua monografia de livre-docência, parte das críticas dos opositores, mesmo contraditando parte das lições de Liebman, especialmente quanto ao direito de demandar, que, como acima impugnado por Fábio Gomes, teria direito aquele que simplesmente mentisse em juízo, afirmando satisfazer as condicionantes no caso concreto, obtendo, assim, direito à jurisdição (as defesas de Dinamarco foram sintetizadas por Kazuo Watanabe): “a) entende ser “incorreto dizer que apenas a ação no segundo sentido (condicionada) é que pertence ao direito processual, pois a observância da realidade nos mostra que também aquela entidade incondicionada desempenha seu papel no funcionamento do processo, possibilitando a instauração deste (relação processual e procedimento) e determinando o exercício do poder jurisdicional) e acrescenta que lhe parece arbitrário, “ao menos enquanto a ciência do direito processual não oferecer recursos terminológicos que permitam distingui-las, afirmar que apenas uma delas é ação”; b) “as duas entidades (condicionada e incondicionada) incluem o poder de iniciativa e poderes de impulso, caracterizando-se ambas, portanto, como *poder de estimular o Estado ao exercício da função jurisdicional* (conceito sintético de ação); “por comodidade de linguagem”, adota a expressão “direito de demandar” para “contradistinguir aquele poder incondicionado”; c) ao concluir pela carência de ação, o juiz terá agido jurisdicionalmente, impulsionado pelo “direito de demandar” (ação incondicionada), exercendo a função num processo, e a decisão “é suscetível de adquirir a autoridade da coisa julgada, o que é próprio dos atos jurisdicionais”; esclarece que “parte da doutrina afirma que em tal hipótese não há processo, mas mero fato, mas essa afirmação desconhece a realidade dos fenômenos lembrados acima. A estreita correlação entre ação, jurisdição e processo é uma verdade, mas pressupõe que se entenda a primeira em seu sentido mais amplo (direito de demandar)”. (WATANABE, 1999, p. 77-78).

considerem existente a legitimidade *ad causam* das partes na demanda. De resto, como já exposto, quando houver inexistência de condições da ação mesmo que aferidas hipoteticamente, é evidente caso de improcedência *prima facie*, e não de extinção do processo sem julgamento de mérito. O problema é tratado com perfeição por Donaldo Armelin (1979, p. 152-153):

O exame da falta de legitimidade do autor ocorre *liminarmente e prima facie* nos casos macroscópicos da carência dessa condição da ação. Aliás, não se cinge apenas à legitimidade essa possibilidade processual. Reporta-se expressamente ao interesse processual, e, indiretamente, à falta de possibilidade jurídica, esta encartada no rótulo genérico de inépcia da inicial (art. 295, I, parágrafo único, III). Em tais casos, a carência em causa deve estar tão flagrantemente patenteada, seja em função da estrutura lógico-formal da inicial, seja em decorrência dos documentos que a instruem, que desnecessário se torna o estabelecimento de contraditório a respeito, podendo o juiz convencer-se disso sem auxílio de elementos carreados aos autos pela parte contrária. Portanto, embora excepcional tal hipótese, é plenamente justificada sob o ângulo dos princípios informativos do processo. Não se justifica o prosseguimento de um processo fadado a uma extinção anormal que se revela patente.<sup>231</sup>

Ao tratar do mesmo ponto, Luiz Guilherme Marinoni lembra que, além de se tratar de um caso de improcedência macroscópica – ou *prima facie* –, a categoria jurídica das condições da ação merece deve ser repensada:

Quando o autor da ação de reivindicação afirma que o imóvel do seu irmão foi invadido, faltaria legitimidade para a causa. Nesse caso, porém, o juiz também diz ao autor que ele não tem ação de direito material. Esse exemplo revela não só um caso de improcedência macroscópica, mas também que a validade da categoria das condições da ação deve ser repensada. (MARINONI, 1996, p. 212).

O que se esta aduzindo, enfim, é que, assim como acontece com os elementos de validade dos atos jurídicos, as condições da ação dizem respeito ao direito material analisado, concretamente, e não a questões meramente formais ou eminentemente processuais, como na capacidade processual. A categoria jurídica em análise merece ser concebida como elemento básico de validade do processo, e não como condição ou pressuposto de existência da relação jurídica processual, pois essas questões – legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir – referem-se à resolução e julgamento do mérito da lide, tanto no plano da validade quanto no da valoração, da própria relação jurídica de direito material posta à análise em cada caso concreto<sup>232</sup>:

[...] analisar as condições da ação significa analisar o próprio mérito. Essa conclusão retira a importância do tema referente às condições da ação [...] Pelo fato de não se ver as condições da ação como condições para o exercício do direito de

<sup>231</sup> Continua Donaldo Armelin (1979, p. 153), a “possibilidade de relegar para final a apreciação das condições da ação tem provocado abusos ferreiros pela jurisprudência, onde se encontram decisões mandando seja apreciada na fase de saneamento matéria preliminar documentalmente comprovada.”

<sup>232</sup> Nesse sentido: (LAMY, RODRIGUES, 2012, p. 201).

ação, nem apenas e tão somente como direito ao julgamento de mérito, mas sim como uma análise de mérito propriamente dita, acredita-se que muitas situações nas quais se reconhece carência de ação na verdade são situações em que o juiz está a julgar pela improcedência do pedido. (LAMY, RODRIGUES, 2012, p. 201).<sup>233</sup>

A proficiência das afirmações pode ser corroborada da análise de cada condicionante. A possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade *ad causam* ordinária já foram praticamente exauridas no segundo capítulo, bastando breves contornos finais. Nos ocuparemos, sobretudo, a encaixar a legitimidade *ad causam* extraordinária e o interesse de agir dentro das premissas aqui alavancadas, visto que, sem dúvida, são situações não exatamente correspondentes à identidade do objeto litigioso do processo – o que leva parte da doutrina a entendê-las como pressupostos processuais.

A possibilidade jurídica do pedido, como dito no capítulo anterior, foi escandida como condição da ação por Liebman na terceira edição de seu *Manuale*, e, como se verá no item seguinte, foi expurgada no projeto de novo Código de Processo Civil, também, inclusive, como hipótese de inépcia da petição inicial. Bem nos lembra Donaldo Armelin (1979, p. 53), dizer-se que um pedido é insubsumível às normas jurídicas do sistema jurídico vigente não difere de julgar que um pedido não pode ser acolhido porque não provou o autor a existência do suporte fático indispensável à sua subsunção à norma legal invocada. Ambos levam à rejeição do pedido em razão de sua carente fundação. Apenas em um caso inexistem fundamentos; noutros, fáticos<sup>234</sup>.

A legitimidade *ad causam* ordinária corresponde à identidade das partes (sujeitos da relação processual: mais tecnicamente, a situação legitimante) com os titulares da relação de direito material posta à apreciação do juiz. O equívoco de apartar essa condição da ação do mérito da demanda transparece de forma nítida, pois os defensores da teoria eclética nos informam que o conceito de parte deve ser buscado apenas no âmbito da relação processual:

<sup>233</sup> O próprio Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 306) não nega a problemática: “Há casos em que certos requisitos de direito substancial são tratados por juízes ou tribunais como se dissessem respeito a alguma condição da ação e por isso a sua falta os leva a concluir nominalmente pela *carência* desta, quando na realidade a decisão é de mérito (improcedência). Um dos exemplos que mais se repetem é o das demandas promovidas à pessoa que nos registros oficiais consta como proprietário de um veículo, tendo este estado envolvido em acidente com danos. É hábito julgar essas demandas inadmissíveis por ilegitimidade *ad causam* quando a prova revela que o réu já não é dono do veículo, havendo-o vendido a outrem. Essa é uma *falsa carência de ação*, porque é de direito material a regra de que o dono responde pelos fatos do objeto (responsabilidade pelo fato da coisa), mas o ex-dono não tem responsabilidade covil alguma (art. 159). Há também uma falsa carência de ação na rejeição das demandas de *usucapião* por não estar implementado o *tempus* ou não ser adequada a posse exercida: tais são requisitos de direito privado sem os quais o possuidor não se torna dono e, portanto, sua demanda é *improcedente*. Essas sentenças, posto que nominalmente rotuladas de *carência de ação* são de mérito e, portanto, portadoras de efeitos suscetíveis de coisa julgada material.”

<sup>234</sup> É o mesmo posicionamento de Adroaldo Furtado Fabrício (2003, p. 17): “Por muito que nos tenhamos empenhado na meditação do assunto e por maior que tenha sido nosso esforço em penetrar as razões do convencimento que parece ser o da maioria (sobre a solução da lei), fortalecemos sempre mais nossa convicção no sentido de ser a sentença declaratória da impossibilidade jurídica uma típica sentença de mérito. Ao proferi-la, o juiz “rejeita o pedido do autor”, nos exatos termos do art. 269, I; denega-lhe o bem da vida por ele perseguido através do processo; afirma que ele não tem o direito subjetivo material invocado; diz que ele não tem razão; indefere-lhe o pedido mediato formulado; repele sua demanda. Podem-se alinhar às dezenas outras maneiras de dizer, mas todas significarão sempre que a ação (*rectius*, o pedido) não procede.”

“Ora, se a parte legítima é a titular, no pólo passivo ou ativo, da relação de direito material, e esta não se confunde com a relação jurídica processual, como identifica-la a não ser caindo na teoria do direito concreto?” (GOMES, 1999, p. 66)<sup>235</sup>. Vê-se, diante dessa legitimação, a confusão liebminiana entre a relação processual e de direito material, já que a parte processual exige como pressuposto um processo pendente: a situação de “parte” decorre do monopólio do exercício da jurisdição pelo Estado, o qual deve garantir ao jurisdicionado o livre acesso aos tribunais (direito cívico de petição). Vale transcrever pontual passagem de Donaldo Armelin (1979, P. 83):

[...] nos casos de legitimidade direta ou ordinária, onde essa qualidade tem como arrimo a alegada própria titularidade do direito, difícil seria separar a legitimidade do próprio mérito, o que torna inevitável sejam ambas examinadas conjuntamente, quando não se atribui a titularidade do direito questionado a terceiro [...] a finalidade do processo, no sentido de compor definitivamente um conflito de interesses através da atuação do direito objetivo, aconselha e impõe uma decisão de mérito no caso acima figurado, evitando reiterações de demandas idênticas, não tolhidas pela coisa julgada material, se findas por decisões terminativas. Esta solução se harmoniza com o escopo do processo, permite, em contrapartida, um tipo de legitimidade que emerge tão-somente da afirmação da parte, e, pois, tem natureza exclusivamente processual, sem qualquer vinculação, salvo a aparência ressumante dessa afirmação, com o direito material ou processual, embaçador da lide retratada na inicial.

Trata Donaldo Armelin dos casos, antes já abordados, em que basta ao autor alegar a sua titularidade do direito questionado e a sua legitimidade será reconhecida, muito embora possa ser negada a referida titularidade. É por isso que tal circunstância da legitimidade ordinária no processo “torna o instituto passível de elucubrações doutrinárias, na tentativa de fornecer uma explicação jurídica e válida para tal fenômeno” (ARMELIN, 1979, p. 84). A decisão terminativa quando constatada a ilegitimidade *ad causam* da parte, muito bem posta Ovídio Baptista da Silva, revela o caráter carneluttiano da lide, pois se considera o mérito inapreciado:

Quando o juiz declara inexistente uma das “condições da ação”, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é, já, sentença de mérito. A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma “condição da ação” não constitui decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a repropositura da **mesma ação**, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a **nova ação** proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a primeira, agora contra outrem, seria a **mesma ação** que se frustrara no primeiro processo. Toma-se o “conflito de

<sup>235</sup> Sobre a vinculação das condições da ação à teoria concretista, rebate Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 128-129): “Esses requisitos [as condições da ação] são prévios à própria instauração do processo e devem estar presentes logo à propositura da demanda sob pena de indeferimento da petição inicial, mas todos eles têm natureza estática e a implementação de todos os três não significa ainda que o autor tenha um concreto *direito à sentença de mérito*. Concreta e efetivamente, esse direito só existirá quando, estando implementadas todas as condições da ação, também outros requisitos prévios estiverem presentes e hajam sido cumpridas as exigências referentes ao processo, seus sujeitos e seus atos, sem qualquer causa impeditiva externa. É exatamente a afirmação de que, presentes as condições da ação, isso significaria ter o autor direito àquele julgamento [...]”.

interesses” **existente fora do processo**, a que CARNELUTTI denominava “lide”, como o verdadeiro e único objeto da atividade jurisdicional. Como este conflito não fora composto pela primeira sentença que declara o autor carecedor de ação, afirma-se que seu mérito permaneceu inapreciado no julgamento anterior. Daí porque, no segundo processo, **com novos figurantes**, estar-se-ia a desenvolver a **mesma ação**. (BAPTISTA DA SILVA, 1999, p. 91, grifos no original).

Antes de prosseguirmos para a análise final da legitimação *ad causam* extraordinária e do interesse de agir, convém delimitarmos o conceito de objeto litigioso, que certamente não dispensa o conhecimento sobre a distinção entre questão *incidenter* e questão *principaliter*. Há questões que são postas como fundamento para a solução de outras e há aquelas que são colocadas para que sobre elas haja decisão judicial; em ambas modalidades haverá cognição, mas apenas na última haverá *iudicium*. Todas compõe o objeto de conhecimento do magistrado, mas apenas a última compõe o objeto de julgamento (*thema decidendum*).

As primeiras questões (*incidenter tantum*) não tem aptidão para ficar imune pela coisa julgada material e suas soluções comportarão fundamento da decisão, conforme incisos previstos no artigo 469 do Código de Processo Civil, pois não fazem coisa julgada: “[...] I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.” (BRASIL, 1973). As questões *principaliter tantum* compõe o objeto do juízo, somente sobre elas recaindo a imutabilidade da coisa julgada, nos termos do artigo 468 do Código de Processo Civil<sup>236-237</sup>.

Posto isso, o “objeto do processo é o conjunto do qual o objeto litigioso do processo é elemento: esse é uma parcela daquele. [...] o *objeto litigioso do processo* cinge-se a um único tipo de questão, a questão principal, o mérito da causa, a pretensão processual” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 56). Resta saber, então, no que consiste o objeto litigioso, já que um dos temas mais debatidos em Processo Civil. A maior parte da doutrina aponta o pedido como objeto litigioso do processo. Não é a posição mais coerente com a sistemática processual:

José Rogério Cruz e Tucci, contudo, defende que o *objeto litigioso do processo* seria o pedido identificado com a causa de pedir. Há uma tendência doutrinária de seguir esse último entendimento, adotado neste trabalho, até mesmo em razão do regramento da coisa julgada no direito brasileiro, que exige a identidade de pedido e

<sup>236</sup> “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.” (BRASIL, 1973).

<sup>237</sup> Por coerência, toda classificação é extraída de Fredie Didier Júnior (2005, p. 54-55).



de causa de pedir para a sua configuração (arts. 301, § 2º, e 474, ambos do CPC). (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 58).<sup>238.239</sup>

A difícil definição do objeto litigioso do processo acompanha-nos desde o início deste trabalho, justamente na tentativa de encaixarmos as condições da ação em seus contornos, o que não apresentou maiores complicações até a legitimação *ad causam* ordinária e a possibilidade jurídica do pedido. Na lição de Fredie Didier Júnior (2005, p. 213), há expressa menção de enquadramento das condições da ação no objeto litigioso do processo, porém não quanto à legitimação *ad causam* extraordinária e ao interesse de agir:

Se (a) o objeto litigioso do processo se compõe da relação jurídica substancial deduzida; (b) esta relação jurídica tem por elementos os sujeitos, o objeto e o fato jurídico; (c) o objeto da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico alegado; (d) a legitimidade ordinária, ao menos no âmbito da tutela individual, constata-se a partir da relação jurídica material; (e) a possibilidade jurídica a ser investigada é a do pedido, que para muitos é o próprio mérito da causa, fica difícil, então, defender que a análise das mencionadas condições da ação não é uma análise do mérito (da relação jurídica substancial deduzida).

Em outra passagem, sua teoria fica mais clara:

A posição deste trabalho sobre as condições da ação já foi posta, e é muito clara: prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do texto legal. A falta de uma dessas condições da ação, reconhecida liminarmente ou após a instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 219)

Assim, posto que favorável à abolição das condições da ação como categoria jurídica, Fredie Didier Júnior entende que a legitimação extraordinária e o interesse de agir devem ser trasladados aos pressupostos processuais, pois não se compatibilizam com o objeto litigioso do processo. Não é a posição aqui adotada. A razão porque entendemos que as duas condicionantes em foco devem ser trasladadas para o tratamento de mérito é justamente porque somente podem ser apreciadas em face do objeto litigioso e *in concreto*. Pelo simples fato de se confundir com o mérito, Donaldo Armelin entende despendiência a existência do interesse de agir como categoria jurídica autônoma:

Como condição de admissibilidade da ação, o interesse para agir não se confunde com o mérito, mas a sua vinculação com este o torna de caracterização difícil [...] o interesse de agir é de ser constatado à luz da precipitada utilidade do atuar da jurisdição, tendo em vista os fatos que supedaneiam o pedido, ou seja, a exigibilidade, na ação de condenação, a incerteza, na ação declaratória, a urgência, na ação cautelar, v.g. Exatamente por decorrer a aferição do interesse de agir de

<sup>238</sup> “Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: [...] § 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.” (BRASIL, 1973).

<sup>239</sup> “Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.” (BRASIL, 1973).

fatos quem subsumidos à norma invocada, constituem premissas do pedido veiculado no processo, não é fácil escandir tal aferição do exame do próprio mérito. Isto porque o interesse de agir, mediando entre o interesse material e o direito de ação, corre risco de confundir-se com um ou com outro, tornando despicinda sua existência como categoria processual autônoma. (ARMELIN, 1979, p. 57/63):

O melhor argumento, contudo, é de Ovídio Baptista da Silva. A ausência de interesse de agir trata-se de um caso de inexistência de ação de direito material, pois, além de tal categoria jurídica ser bilateral, onde o Estado também detém interesse na tutela jurisdicional, ao demandante (ou mesmo ao réu), nos casos em que há ausência de interesse processual, inexoravelmente o mesmo acontecerá na posterior ação de direito material a ser executada pelo Estado - e isso escandiria, por exemplo, o interesse de tramitar uma ação executiva que se sabe não irá cobrir as custas (artigo 659, § 2º, do Código de Processo Civil), não havendo razão para esta decisão não ficar acobertada pela coisa julgada material.

Se por algum motivo caduca o interesse de agir na relação processual, principalmente, é o que deve ser entendido, a ação de direito material - finalidade maior da prestação jurisdicional - estará findada, razão porque o direito material jamais poderá ser tornado efetivo ou real, mesmo existente:

Afirmando o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesse por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significa declarar que tal conflito é irrelevante para o direito. E, neste caso, igualmente lhe falta a **ação de direito material**, ou esta seria ilegítima por falta de interesse. Não a ação processual que jamais será ilegítima por falta de interesse. (BAPTISTA DA SILVA, 1999, p. 91, grifos no original).

Em abordagem um pouco diferente, Luiz Guilherme Marinoni não esquece que, em verdade, a ação de direito material é a finalidade maior do Estado-Juiz, e não a declaração de sentenças:

Na clássica hipótese de dívida não vencida, o que falta não é interesse de agir – pois mesmo aquele que não é credor tem direito de ação -, mas pretensão de direito material. O credor não pode exigir a realização do direito de crédito; mas é inegável que ele tem direito de ação. Mesmo aqueles que dizem que o interesse é mero requisito para a apreciação do mérito não podem vencer a evidência de que tal requisito, ao tratar da própria possibilidade da exigência do direito material, corresponde a um juízo sobre o direito material, nada tendo a ver com o direito de ação. (MARINONI, 1996, p. 212).

A legitimação extraordinária, por outro lado, além de ser apreciada caso-a-caso – *in concreto* - não tem como ser analisada de forma dissociada ao objeto litigioso. Não se trata de uma questão de admissibilidade do procedimento, pois este “nada mais é do que o exame da possibilidade de o *objeto litigioso* ser apreciado” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 58). Contraria a lógica tratá-la como uma questão de admissibilidade, visto que sua análise é feita

em face do objeto litigioso – como na pertinência temática, há mais de anos discutida nos tribunais em matéria tributária - e não anteriormente àquele. Não se trata de um atributo genérico, a legitimação extraordinária pode requerer instrução delongada para aferir a “melhor representatividade” para a causa. Até mesmo porque se há apenas dois juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento (o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito), não é razoável que se rebaixe a legitimidade extraordinária para as questões de admissibilidade, sendo que é mais próxima do mérito, ou melhor, julgada em face do objeto litigioso.

Todavia, não obstante às razões expostas, a posição de Fredie Didier Júnior no que tange à legitimação extraordinária não é de todo descartável, ao revés, pode ser uma excelente solução, desde que traçadas algumas premissas. Primeiramente, as condições da ação como categoria jurídica já estão rechaçadas desde muito antes das divergências relativas ao interesse de agir e à legitimação extraordinária, tanto é que a proposta central é extinguir essa categoria jurídica, o que já restou deveras demonstrado. Oportunamente, o que haveria de ser aqui colacionado como um argumento para conferir lógica à transferência da legitimação extraordinária aos requisitos de admissibilidade da demanda, denigrem mais ainda a categoria jurídica das condições da ação:

Em razão do desenvolvimento dos estudos processuais, difundiu-se a distinção entre ação, processo e mérito, passando os doutrinadores a classificar as questões de acordo com o seguinte trinômio: “pressupostos processuais” (expressão que envolve tanto os pressupostos de existência como os requisitos de validade do processo), condições da ação e questões de mérito. Como é fácil perceber, trata-se de classificação que toma por base o objeto das questões. Não está livre de críticas esta tripartição. De fato, o mais correto seria dividir as questões em questões de mérito e questões de admissibilidade. Dois são os juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito (juízo sobre o *objeto litigioso*). Se apenas há dois tipos de juízo, não há sentido em distinguir três tipos de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade, *tertium non datur* (princípio lógico do terceiro excluído). (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 72)<sup>240</sup>.

A percepção é perspicaz, as condições da ação estão desalocadas da sistemática processual. De todo modo, o traslado da legitimidade extraordinária para o juízo de admissibilidade faria com que a sua respectiva decisão não ficasse acobertada pela coisa julgada material, o que aparentemente destoaria de todas as premissas até então alavancadas.

<sup>240</sup> Lembra, ainda, que “A doutrina alemã, de igual modo, somente se refere ao mérito e aos pressupostos processuais. A opção decorre de um postulado lógico, como visto.” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 72-73).

Como dito no início deste capítulo, “cabe ao legislador infraconstitucional traçar o perfil dogmático da coisa julgada” (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 418). Entendemos que decisões são decisões; não devem ser repisadas após se tornarem definitivas:

Muito interessante e coerente é o pensamento de Luiz Eduardo Mourão que distingue preclusão e coisa julgada formal de maneira bastante original. Para o autor, coisa julgada formal é a indiscutibilidade externa (fora do processo), que se refere às decisões cujo conteúdo é processual (art. 267 do CPC), em contraposição à coisa julgada material, que é a mesma indiscutibilidade externa, só que das decisões de mérito (art. 269 do CPC), distinguindo-se ambas da preclusão, que opera efeito dentro do processo (indiscutibilidade interna). A distinção entre coisa julgada *formal* e *material* teria por base o conteúdo da decisão que uma ou outra torna indiscutível (o que dá coerência à adjetivação do instituto: formal é a coisa julgada da sentença processual e material é a coisa julgada da sentença de mérito). (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 419-420).

Outras palavras mencionadas em torno das condições da ação aqui foram “Se de mérito se tratasse, este problema não existiria” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 208). Acrescentamos-lhe que se de mérito se tratasse ou a coisa julgada formal ficasse imunizada pela indiscutibilidade externa – como muito bem expõe Luiz Eduardo Mourão – o problema não existiria, ou, pelo menos, na prática, estaria dizimado. Comenta a proposta de Mourão, Fredie Didier Júnior (2011, p. 418):

Esse pensamento ajuda a compreender o complexo fenômeno previsto no art. 268 do CPC [...] em que se veda a repropositura de demanda cujo processo a que deu causa foi extinto sem resolução de mérito [...] Para o mencionado autor, o caso é de coisa julgada formal, e não de mera preclusão, pois projeta efeitos para *fora* do processo em que surgiu, impedindo a rediscussão da questão processual não só no processo em que foi resolvida, mas também em qualquer outro. Esse pensamento também explicaria a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra decisão terminativa, nos casos subsumidos ao art. 268 do CPC [...] Trata-se de lição que, por sua coerência e utilidade, merece ser difundida.

Esse entendimento, caso adotado, resolveria praticamente a totalidade dos problemas práticos aqui alavancados, além de tantos outros existentes em Processo Civil. De todo modo, as duas saídas são válidas, se trasladada a legitimação extraordinária para o mérito ou se alterado o regime jurídico das questões processuais do artigo 267 do Código de Processo Civil. Demais, se as condições da ação são analisadas em qualquer relação processual, o que definitivamente ocorre, a questão de maior importância é avaliar o regramento sobre elas incidente, e as soluções acima expostas são bem-vindas.

### 3.1 ABORDAGEM JURISPRUDENCIAL

Como tratado anteriormente, a análise das condições da ação relaciona-se com o objeto litigioso do processo<sup>241</sup>. De acordo com o sistema processual brasileiro, nada obstante, a sentença de carência de ação, por não ser sentença de mérito, não pode ficar acobertada pela imutabilidade da coisa julgada material, o que permite a sua repetição ou repropositura.

Ocorre que o Código de Processo Civil utiliza expressões diferentes para identificar situações materialmente iguais: a sentença que reconhece a carência de ação é ontologicamente igual àquela que julga o pedido improcedente<sup>242</sup>. Não existe razão, assim, para a sentença de carência da ação não ficar acobertada pela coisa julgada material<sup>243</sup>. Explica Fábio Gomes (1999, p. 76), que a razão histórica de se ter afastado o conteúdo de mérito das condições da ação advém da não pronúncia sobre a “justiça” ou da “injustiça” do pedido ou, em outras palavras, do fundo do litígio:

Essa parece ser a razão profunda que autoriza a doutrina de Liebman a retirar do conteúdo do mérito as chamadas “condições da ação”, uma vez que ao julgá-las o juiz ainda não atingira o que esta doutrina denomina de “fundo do litígio” e nem decidiria sobre a “justiça ou injustiça” do pedido. Quando o juiz declara a ilegitimidade *ad causam*, ou a impossibilidade jurídica do pedido, ou mesmo a ausência de interesse processual, ainda não diria se a pretensão do autor seria “justa ou injusta”. Para Cândido Dinamarco e de resto para os adeptos desta doutrina, não haveria nesse julgamento qualquer decisão de mérito.

A doutrina eclética, mesmo considerando que as condições da ação sejam matéria estranha ao mérito, entende impossível haver a repetição da mesma demanda sem que o vício – ausência de uma das condições da ação – tenha sido sanado<sup>244</sup>. É por isso costumeiro se dizer que a sentença de carência de ação não pode ficar acobertada pela coisa julgada material “pois o autor, após ‘consertar’ o erro, ou em razão da superveniência de novo fato, teria direito de repropor a demanda” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 220). Como bem lembrado pelo mestre baiano, em se corrigido o vício (uma das condições faltantes em ação extinta que se faça presente na nova), não se tratará da mesma ação, mas sim, de outra, com diferente

<sup>241</sup> Lembra Fábio Gomes (1999, p. 73) que “A aferição *efetiva e real* das chamadas condições da ação implica forçosamente o exame de pontos que se encontram no âmbito da relação de direito material posta à apreciação do juiz e, por via de consequência, julgamento de mérito”. É por essa razão que Araken de Assis (1989, p. 58) afirma que “a teoria eclética escorrega para o absurdo”.

<sup>242</sup> Extraído de Donaldo Armelin (1979, p. 53).

<sup>243</sup> Vide Fredie Didier Júnior (2005, p. 220).

<sup>244</sup> Nesse sentido, “A sistemática adotada pelo Código parece ensejar a conclusão no sentido de que um locador, por exemplo, contra quem fora proferida uma sentença de “carência” de ação, por não ser o réu o verdadeiro locatário, propusesse “de novo” a ação contra esse mesmíssimo demandado! Não seria esta a interpretação correta, diriam os adeptos da Teoria Eclética. A “Ação” que poderá se *intentada de novo* será a ação de despejo contra o *verdadeiro* locatário e não contra aquele que figurava como réu na primeira demanda, esclarecem os seguidores de Liebman”. (GOMES, 1999, p. 78). Quanto ao exemplo enunciado, Fábio Gomes relembra posição do eclético Ernane Fidélis dos Santos.

relação de direito material. É a mesma posição de Adroaldo Furtado Fabrício (2003, p. 392), donde se destaca a quebra da tríplice identidade entre tais demandas:

Seria erro grosseiro pensar-se que alguma ulterior alteração dos dados de fato, ou possível superveniência do *ius novum* pudessem dirimir o ilogismo: ocorrendo qualquer dessas modificações, a ação já não é a mesma; a *causa petendi* da *outra* ação seria diversa. A quebra da 'tríplice identidade' autorizaria a repositura do mesmo pedido, exatamente do mesmo modo que a justificaria em qualquer outro caso, de inquestionada e pacífica improcedência. A coisa julgada, não é demais lembrar de novo, subordina-se ela própria a uma cláusula *rebus sic stantibus*. Ainda menos aceitável é o argumento segundo o qual a sentença de carência de ação por ilegitimidade de parte não alcançaria a força *res iudicata* por não haver apreciado a relação de direito material entre os 'legítimos contraditores', isto é, aquela acaso existente entre A e C, ou D e B, tendo sido partes no processo A e B. É claro que a sentença e sua eficácia limitam-se ao litígio proposto, debatido e julgado, entre A e B [...] seria absurdo esperar-se que a força do julgado alcançasse *outra lide*, que não fora ajuizada, travada entre *pessoas diversas* das que figuraram como partes, em *novo processo* que acaso se instaurasse.

O equívoco, dispõe GOMES (1999, p. 78), deve-se à doutrina tradicional, porque não distingue a relação jurídica processual da relação de direito material afirmada em juízo:

A sentença proferida em uma ação de despejo proposta contra quem não tem legitimidade passiva obviamente não julgará o mérito daquela que poderá ser deflagrada contra o verdadeiro locatário; examinará, isto sim, o seu próprio mérito. Não faria sentido que a primeira demanda pudesse conter o mérito desta segunda, ou seja, o mérito da lide de outrem. A doutrina tradicional em verdade não distingue a relação jurídica processual que se estabelece entre autor, juiz e réu (com sujeitos, causa e objeto próprios), da relação de direito material afirmada pelo autor (com sujeitos, causa e objeto distintos) e que é posta à apreciação do juiz no âmbito daquela primeira.

Não é o que ocorre no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Há uma tendência de interpretação extensiva do artigo 268 do Código de Processo Civil, carreando outras hipóteses de aplicação do dispositivo além das expressamente previstas, acrescentando-lhe, pois, novas situações em que se veda a renovação da demanda. Com efeito, vale resgatar algumas premissas já expostas, dentre as quais, que o magistrado só pode fazer dois tipos de juízos: o juízo de admissibilidade e o de mérito. Não há razão mínima - caso contrário estar-se-ia em um ilogismo profundo - em não se impedir a renovação de uma demanda que extinguiu o processo sem resolução de mérito por falta de algum requisito de admissibilidade, afinal, decisão sobre a questão foi proferida. O juízo de admissibilidade apenas possui objeto diferente da decisão de mérito, mas isso não autoriza conferir-lhe tratamento menos rigoroso, pois a imutabilidade só pode recair sobre aquilo que foi decidido, e, obviamente, quando o processo é extinto sem julgamento de mérito, não há preclusão sobre a questão de mérito, que sequer foi apreciada.



Há situações em que o magistrado não profere julgamento de mérito nem sobre a admissibilidade. Nestas situações, em que extinto o processo pela revogação da demanda, a doutrina e a jurisprudência entendem permissiva a renovação da ação – evidentemente por não ter sido proferida decisão judicial sobre tais questões:

Examinado o painel doutrinário e jurisprudencial apresentado, percebe-se que é permitida a renovação da causa, nos mesmos moldes em que anteriormente formulada, somente nos casos de extinção por vontade das partes (real ou presumida; desistência e abandono, respectivamente). Nessas situações, o magistrado não profere juízo sobre o mérito nem afirma admissível o procedimento: extingue o processo pela revogação da demanda. Para que o autor volte a juízo, basta que pague as despesas do processo anterior extinto (*caput*, segunda parte, do art. 268 do CPC). As hipóteses de extinção por falecimento do autor e por confusão não se referem ao juízo de admissibilidade, mas ambas, por razões diferentes, não permitem a repropositura da demanda: impossibilidade material, no primeiro caso; análise de mérito, no segundo. [...] Sobram as hipóteses de extinção por inadmissibilidade previstas no art. 267 do CPC [...]. (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 98).

São justamente as hipóteses de indeferimento da petição inicial, falta de pressupostos processuais, carência de ação e existência de pressupostos negativos. Em todas, haverá uma decisão constitutiva negativa, onde há a aplicação de uma sanção de invalidade do procedimento, ou seja, resolve-se, definitivamente a questão de admissibilidade. “Como sanção que é, tem de ser respeitada e cumprida; não teria sentido qualquer interpretação que permitisse à parte ‘escapar’ à sanção, renovando a demanda com os mesmos defeitos já identificados” (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 99). Em suma, todas as decisões incidentes sobre as hipóteses elencadas levam a uma decisão terminativa que, transitada em julgado, impede a renovação da demanda sem que se tenham consertados os vícios identificados.

Segundo jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, as condições da ação estão mais perto da improcedência do que se imaginar, pois, caso haja sentença de carência de ação, o demandante não poderá repropor a demanda sem que se faça presente a condição da ação antes faltante:

RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF - ARTIGOS 115, DO CÓDIGO CIVIL, 4º, 6º, 51, I E 54, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - APLICAÇÃO DA SÚMULA 211/STJ - COISA JULGADA - AÇÃO ANTERIOR EXTINTA, ACOLHIDA A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* - REPROPOSITURA DA AÇÃO - ADMISSIBILIDADE, DESDE QUE SANEADA A QUESTÃO QUE ENSEJOU A EXTINÇÃO ANTERIOR - PRECEDENTES [...] - A extinção do processo, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade ativa *ad causam*, faz coisa julgada formal, impedindo a discussão da questão no mesmo processo, mas não em outro feito, desde que a parte autora promova o saneamento da condição que ensejou a extinção da demanda anterior. Inexistência, na espécie, de correção. Precedentes. IV - Recurso especial improvido. (BRASIL – STJ – 3ª TURMA - REsp: 897.739/RS

– Ministro Relator Massami Uyeda, Data de Julgamento em 05.05.2011, DJ em 18.05.2011)<sup>245,246</sup>.

O entendimento em comento apresenta uma curiosa situação. Trata-se do exato regramento das condições da ação do Código de Processo Civil de 1939, que acobertava a decisão sobre as condições da ação pela imutabilidade da coisa julgada material, mas não a respeito do mérito da lide. A situação é percebida por Rodrigo da Lima Cunha Freire:

<sup>245</sup> Nesse sentido: “RECURSO ESPECIAL Nº 922.793 [...] PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. REPROPOSITURA DA AÇÃO. DESCABIMENTO. COISA JULGADA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.” (BRASIL - STJ - 3ª TURMA - REsp: 922.793/RS - Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento em 15.09.2010 - DJ em 24.09.2010). O mesmo posicionamento já foi tratado em outras oportunidades pelo Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. RENOVAÇÃO DO PEDIDO. AÇÃO IDÊNTICA. INVIABILIDADE. ART. 268, CPC. EXEGESE. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I - A extinção do processo por descabimento da ação civil pública, na espécie, por falta de condição da ação, obsta a que o autor intente de novo a ação. II - Segundo boa doutrina, se o autor se limita a re-propor ação da qual fora julgada carente, estará ofendendo a coisa julgada, dado que, consoante comanda o art. 471, CPC, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas.” (BRASIL - STJ - 4ª TURMA - REsp: 103.584/SP - Ministro Relator Sálvio De Figueiredo Teixeira - Data de Julgamento em 04.06.2001 - DJ em 13.08.2001, p. 159). Ainda: “INTENTAR DE NOVO A AÇÃO. NÃO É LICITO QUE O AUTOR INTENTE DE NOVO A AÇÃO, QUANDO LHE TENHA FALTADO INTERESSE PROCESSUAL PARA A ANTERIOR. IDENTIDADE DE AÇÕES. HIPÓTESE EM QUE NÃO HOUVE OFENSA AO ART. 268 DO COD. DE PR. CIVIL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.” (BRASIL - STJ - 3ª TURMA - REsp: 45.935/SP - Ministro Relator Nilson Naves - Data de Julgamento em 03.10.1994 - DJ em 31.10.1994, p. 294-295). E outro: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMANDA ANTERIOR JULGADA EXTINTA SEM CONHECIMENTO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. REPRODUÇÃO INTEGRAL DA MESMA AÇÃO ANTERIOR. INADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 268 DO CPC. - É inadmissível, no caso, a repositura automática da ação, ainda que o processo anterior tenha sido declarado extinto sem conhecimento do mérito. Recurso especial não conhecido.” (BRASIL - STJ - 4ª TURMA - REsp: 191.934/SP - Ministro Relator Barros Monteiro - Data de Julgamento em 21.09.2000, DJ 04.12.2000 p. 72).

<sup>246</sup> Embora não expresse, confirma-se o entendimento de que a sentença que se funda na falta de uma das condições da ação é sentença de mérito. De resto, mesmo que não seja esse o posicionamento, os efeitos são exatamente os pretendidos com o presente trabalho, a extinção das condicionantes da ação, visto que se trata de uma decisão definitiva e irrevogável, quer se chame de coisa julgada formal ou coisa julgada material. Em recente julgado, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou a teoria da asserção e se pronunciou no sentido de que a sentença, se processual ou de mérito, é situação a ser definida por seu conteúdo, e não pela mera qualificação ou *nomen juris* atribuído ao julgado: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, ACOLHE PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. CABIMENTO. 1. Cabem embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, acolhe preliminar de ilegitimidade passiva e reforma sentença para extinguir a ação com fulcro no art. 267, VI, do CPC. 2. Em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, admitindo-se embargos infringentes contra decisão que, a despeito de ser formalmente processual, implicar análise de mérito. 3. De acordo com a teoria da asserção se, na análise das condições da ação, o Juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da controvérsia. 4. A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou *nomen juris* atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva. Entendida como de mérito a decisão proferida, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes. 5. Recurso especial a que se dá provimento.” (BRASIL - STJ - 3ª TURMA - REsp 1.157.383-RS - Ministra Relatora Nancy Andrighi - Data de Julgamento em 14/8/2012 - DJ 17/08/2012). De Sua fundamentação extrai-se: “[...] Argumentar-se-ia, nesse sentido, que, a teor do que estabelece o art. 268 do CPC, o trânsito em julgado de uma decisão terminativa não impede a parte de retornar a juízo com igual pretensão, instaurando um novo processo, motivo pelo qual não haveria nenhuma violação do direito de acesso à justiça, tampouco negativa de prestação jurisdicional. Há de se ter em mente, no entanto, que em se tratando de condições da ação, não obstante a matéria seja formalmente considerada processual, ela na prática pode envolver a análise do próprio mérito da controvérsia. Diante disso, assume relevância a teoria da asserção, que ganha expressão na doutrina, secundada por juristas como Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Para os adeptos dessa teoria, como é o caso também de José Roberto dos Santos Bedaque, na análise das condições da ação “se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão” (Direito e Processo, São Paulo: RT, 1995, p. 78). Em outras palavras, sempre que a relação existente entre as condições da ação e o direito material for estreita ao ponto da verificação da presença daquelas exigir a análise desta, haverá exame de mérito. Ainda que tacitamente, a teoria assertista encontra respaldo em julgados desta Corte, nos quais entendeu-se que a decisão acerca das condições da ação implicou numa sentença de mérito. Confira-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 1.678/GO, 4ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13.02.1990; REsp 2.185/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 14.05.1990; REsp 86.441/ES, 1ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ de 07.04.1997; REsp 103.584/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13.08.2001. [...] Assim, em respeito ao devido processo legal, o art. 530 deve ser interpretado harmoniosa e sistematicamente com o restante do CPC, admitindo-se embargos infringentes contra decisão que, a despeito de ser formalmente processual, implicar análise de mérito. [...] No que tange especificamente à legitimidade *ad causam*, sua verificação invariavelmente exige a análise da lide em concreto, havendo enorme dificuldade prática em separar tal questão do mérito da causa. Ainda que se admita o exame da legitimidade *in statu assertiones*, muitas vezes é no curso do processo que se chega à efetiva decisão sobre tal condição da ação, importando, desse feita, na análise da relação jurídica de direito material. Na espécie não foi diferente. Verifica-se que o Juiz de primeiro grau de jurisdição somente se pronunciou acerca da legitimidade passiva por ocasião da prolação da sentença, depois de toda a prova ter sido carreada aos autos. Também o TJ/RS, ao reformar por maioria a sentença, concluindo pela extinção do processo em relação ao banco com fulcro no art. 267, VI, do CPC, foi obrigado a se imiscuir no próprio mérito da ação, notadamente a efetiva participação da instituição financeira no resultado danoso. Note-se, por oportuno, que a natureza da decisão, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou *nomen juris* atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva.”

Humberto Theodoro Júnior entende que, pelo vigente CPC, “se o autor limitar-se a repropor a ação da qual fora julgado carente, estará ofendendo a coisa julgada. Não importa que se tenha tal sentença como apenas terminativa, pois o certo é que, qualquer que seja a natureza do julgamento, ‘nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas’ (CPC, art. 471). Esta visão, entretanto, amolda-se perfeitamente ao sistema do Código de 1939, diante do qual prevalecia o entendimento de que a decisão a respeito de uma condição da ação era acobertada pela coisa julgada material, mas exclusivamente quanto à condição, não a respeito do mérito. Se o juiz declarasse a ausência de uma das condições da ação, esta poderia ser reproposta, desde que corrigido o vício. Infelizmente, não é esta a regra do Código atual. (FREIRE, 1999, p. 140).

Vale destacar a proposta de Fredie Didier Júnior (2005, p. 99) de reforma legislativa do artigo 268 do Código de Processo Civil, de modo a incluir todas as hipóteses de extinção do processo sem julgamento de mérito:

Urge, assim, a reforma legislativa do art. 268 do CPC, para que nele se incluam todas as hipóteses em que a extinção do processo sem julgamento de mérito impede a repropositura de demanda: a) morte; b) inadmissibilidade. É também necessário o esclarecimento sobre a rescindibilidade de tais decisões, de modo a solucionar a divergência que se vê nos tribunais superiores em derredor do tema. Finalmente, impõe-se ao escrivão ou chefe da secretaria, acaso o réu ainda não tenha sido citado, o dever de comunicar-lhe do trânsito em julgado dessas decisões, de modo que, no futuro, possa opor essa exceção processual se o autor renovar a demanda. Aplica-se aqui por analogia o disposto no art. 219, § 6º, CPC, que cuida da hipótese de indeferimento liminar pelo reconhecimento da prescrição e decadência, que por ser decisão de mérito está apta a ficar imune pela coisa julgada, impedindo, assim, a renovação da demanda.

A proposta merece aplausos, sobretudo porque se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de impossibilidade de repetição de demanda carente de ação caso não sanado o vício, trata-se de sentença com efeitos tão fortes quanto os da coisa julgada material, porque impedida a ação rescisória.

### **3.2 O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Vale repisar que o artigo 3º do Código de Processo Civil, ao tratar da ação, não menciona a categoria jurídica “condições da ação”, cinge-se a determinar que “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.” (BRASIL, 1973). A menção à categoria em foco é consagrada expressamente nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;” (BRASIL, 1973). Trata-se do único texto normativo do Código de Processo Civil em que esta categoria é mencionada.

Dissemos, também, na introdução deste capítulo que as condições da ação necessitam ser analisadas em qualquer relação jurídica material em que se façam enquadramentos normativos. Isso quer dizer que, mesmo que não haja determinação expressa, as condições da ação serão analisadas, já que decorrem da análise de toda e qualquer relação jurídica. No projeto de novo Código de Processo Civil, de relatoria do Deputado Paulo Teixeira, não há menção expressa à categoria jurídica “condições da ação”. O dispositivo equivalente ao inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil é o inciso VI do artigo 495 do projeto de novo Código de Processo Civil, o qual determina que “Art. 495. O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando: [...] VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;” (BRASIL, 2013). Por fim, o artigo 3º do Código de Processo Civil é praticamente repetido no artigo 17 do projeto de novo Código de Processo Civil “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.” (BRASIL, 2013).

O primeiro ponto a ser anotado é a esperada extinção da possibilidade jurídica do pedido como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do procedimento, conforme se extrai da redação do artigo 495 do projeto de novo Código de Processo Civil<sup>247</sup>. De igual modo, a hipótese de indeferimento da inicial quando “o pedido for juridicamente impossível” (BRASIL, 1973), prevista no inciso III, parágrafo único, do artigo 295 do Código de Processo Civil, não conta mais no artigo correspondente no projeto de novo Código:

Art. 331. A petição inicial será indeferida quando: I - for inepta; II - a parte for manifestamente ilegítima; III - o autor carecer de interesse processual; IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 322. Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II – o pedido ou a causa de pedir for obscuro; III – quando o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; IV – da narração dos fatos não concorrer logicamente a conclusão; V – contiver pedidos incompatíveis entre si. (BRASIL, 2013).

A segunda alteração, percebida e designada de silenciosa por Fredie Didier (DIDIER JÚNIOR, s.d.), é a supressão da terminologia “condições da ação” do Processo Civil. A classificação do interesse de agir e da legitimidade *ad causam* dentre as hipóteses de extinção sem julgamento de mérito, somadas à supressão terminológica da categoria jurídica condições da ação, significaria, para o mestre baiano, que as condições remanescentes teriam sido trasladadas para as hipóteses de inadmissibilidade do procedimento:

<sup>247</sup> Leciona Rodrigo da Lima Cunha Freire (1999, p. 69) que a possibilidade jurídica do pedido sequer era tratada pelo Código de Processo Civil de 1939 – além da legitimidade *ad causam* não ser expressamente referenciada e, o interesse de agir, ser um legítimo interesse econômico ou moral: “Todavia, tanto o Código Civil brasileiro, em seu art. 76, quanto o CPC de 1939, no seu art. 2º, não mencionavam a possibilidade jurídica do pedido e, principalmente, não se referiam expressamente, como condição da ação, à legitimidade para agir ou *ad causam* – considerada, por muitos, integrante do próprio mérito, enquanto outros a entendiam como uma condição da ação decorrente do sistema do Código -, só completando o interesse de agir, assim mesmo como um “legítimo interesse econômico ou moral.”.

A segunda alteração silenciosa é mais importante. O texto proposto não se vale da expressão “condição da ação”. Apenas se prescreve que, reconhecida a ilegitimidade ou a falta de interesse, o órgão jurisdicional deve proferir decisão de inadmissibilidade. Retira-se a menção expressa à categoria “condição da ação” do único texto normativo do CPC que a previa - e que, por isso, justificava a permanência de estudos doutrinários ao seu respeito. [...] nem a Comissão que elaborou a proposta o apresenta como uma das inovações sugeridas, muito menos a doutrina que vem comentando o projeto o tem examinado. A prevalecer a proposta, não haverá mais razão para o uso, pela ciência do processo brasileira, do conceito “condição da ação”. A legitimidade *ad causam* e o interesse de agir passarão a ser explicados com suporte no repertório teórico dos pressupostos processuais [...] A legitimidade e o interesse passarão, então, a constar da exposição sistemática dos pressupostos processuais de validade: o interesse, como pressuposto de validade objetivo intrínseco; a legitimidade, como pressuposto de validade subjetivo relativo às partes. (DIDIER JÚNIOR, s.d).

O projeto de novo Código de Processo Civil em apreço caminhou vagarosamente para a extinção das condições da ação, visto que a extinção da possibilidade jurídica já era medida anunciada há anos – tão atrasada que valem as ironias de Calmon de Passos (1991, p. 21), em que a possibilidade jurídica do pedido seria uma “invenção nacional”. As considerações de Fredie Didier Júnior são plausíveis, mas não resolvem o histórico problema das condições da ação, pois a supressão deste terceiro e errôneo tipo de juízo nada mudaria as verdadeiras consequências do julgamento sobre possibilidade legitimidade *ad causam* e do interesse de agir, pois, de todo modo, extinguiriam o processo sem resolução de mérito ao serem trasladadas para o juízo de admissibilidade.

## CONCLUSÃO

A ação de direito material foi indiscutivelmente desconsiderada no desenvolvimento das teorias da ação. O surgimento de uma ciência processual autônoma começou com a desconstrução da teoria clássica da ação, que equiparava a ação ao direito material deduzido, nada mais sendo, então, do que o próprio direito material colocado em movimento, a reagir, portanto, contra sua ameaça ou violação. A polêmica travada entre Bernard Windscheid e Theodor Muther teve o mérito de traçar os primeiros contornos de autonomia da ação em relação ao direito material, tornando o cenário jurídico alemão pronto para a recepção da teoria abstrata do direito de agir.

John Degenkolb e Sándor Plósz propunham um direito de ação público subjetivo, dirigido a todos, indistintamente, e independente do direito perseguido em juízo. Em repúdio aos abstrativistas, a teoria do direito concreto de ação vinculava o direito de ação a uma sentença favorável ao demandante, momento em que Giuseppe Chiovenda apresenta uma teoria das condições da ação muito semelhante ao disposto pela teoria eclética da ação. Ocorre que, muito pouco denotado pela doutrina, Chiovenda não se referia à ação processual em seus ensaios, mas sim à ação de direito material, que jamais desapareceu ou foi substituída, e sim, passou a ser exercida pelos órgãos estatais.

Das desavenças a teor do conceito de ação, Enrico Tullio Liebman visou sintetizar as duas principais correntes, posto que inconciliáveis. Tratava-se de resgatar a ligação da ação processual com o direito material, amplamente dissociados. A ação processual, instrumento para a realização do direito material, sofreu uma construção doutrinária de ciência processual como ramo autônomo em relação ao direito material tão enraizada na cultura jurídica da época que a concepção de um procedimento universal mostrasse completamente defasado, sem explicar a conservação de ações de ritos especiais.

Liebman e seus seguidores viram nas condições da ação o elo de ligação entre a autônoma ação processual e o distanciado direito substancial posto à análise judicial. Para tanto, o direito de ação seria o direito a uma sentença de mérito, porém, condicionado à existência de um pedido juridicamente possível, de partes legítimas e interessadas em agir. Em não havendo qualquer das condicionantes, a demanda deduzida deveria ser extinta sem que atividade jurisdicional fosse intentada, já que para esta doutrina, lide, mérito e jurisdição são expressões equiparadas.



A teoria em foco foi recepcionada pelo Código de Processo Civil de 1973. A possibilidade jurídica do pedido é conceituada com vista à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que torne o pedido inviável. A legitimidade *ad causam* é a capacidade de conduzir um processo em que se discute determinada situação jurídica substancial, enquanto que o interesse de agir em juízo conceitua-se em vista da utilidade e da necessidade da tutela jurisdicional, jamais em vista da adequação. As três condições da ação referem-se aos três elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido), e, por decorrência, aos três elementos da relação substancial deduzida (sujeitos, fato e objeto). Em vista da redação do parágrafo 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil, emergiram duas correntes doutrinárias para interpretá-lo, de modo que a preponderante, a teoria da asserção, é a mais adequada e em convergência à concepção liebmaniana, pois entende que as condições da ação devem ser analisadas, em um primeiro momento, *in status assertionis*, presumindo-se verdadeiras as razões iniciais, e, após, quanto ao todo restante, seria julgamento de mérito.

A teoria da asserção teve o mérito de reconhecer que a análise as condições da ação propugna uma apreciação do mérito da demanda, pois, como dito, correspondem aos elementos da relação substancial deduzida em juízo. E não havia outra explicação. A própria doutrina eclética vislumbrou nas condições da ação elementos de mérito a serem trasladados para a ação processual, com o intuito de filtrar e conter demandas judiciais. O que estas teorias defendem, portanto, e razão do maior erro da teoria da prospecção, é que as condições da ação devem ser analisadas, primeiramente, sob um juízo hipotético, sem prejuízo do julgamento de mérito, realizado *a posteriori*. Para a teoria da prospecção, ao revés, toda e qualquer análise das condições da ação extingue o processo sem julgamento de mérito, posição que defasa a própria teoria eclética da ação e torna ainda mais incompreensível o fenômeno das condições da ação no Processo Civil brasileiro.

Dentre os principais erros da teoria de Liebman, como o de tratar o conceito de ação processual como uma duplicação do direito constitucional de ação, além de não distinguir direito com exercício de direito – conferindo, assim, direito de ação ao réu –, imaginar que a análise *in status assertionis* das condições da ação traria alguma benesse em termos de economia processual sem dúvida foi notório. As hipóteses imaginadas são verdadeiras sentenças de improcedência macroscópica e vislumbradas *prima facie*, razão porque devem ser julgadas com exame de mérito, se atividade jurisdicional foi efetivamente exercida – sobretudo para impossibilitar a repetição da demanda invalidada.

Especificamente em cada condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimidade *ad causam* incidem, sem maiores divergências, sobre o objeto litigioso do processo. A legitimidade *ad causam* extraordinária, em especial nas tutelas coletivas, é analisada com vistas ao objeto litigioso do processo, *in concreto*. Situação semelhante ocorre com o interesse de agir em juízo, pois para muitos não possui uma exata identidade com o objeto litigioso do processo. Nada obstante, a matéria mais importante e que subsidia praticamente toda esta obra, esquecida desde a evolução das teorias da ação, é a ação de direito material, construída por Pontes de Miranda e desdobrada por Ovídio Baptista da Silva.

Isso porque a atividade maior da jurisdição é a efetivação do direito material do comandado, antes exercida pelo próprio lesado, porém, frente à monopolização da jurisdição pelo Estado, passa a ser efetivada pelos órgãos estatais. E o elo de ligação do direito processual com o direito material é a construção de meios processuais efetivos para tornar real um direito material lesado - o que justifica tantos procedimentos diferenciados quanto direitos materiais surgirem, como visto na evolução da tutela antecipada e nos diversos ritos especiais -, jamais as condições da ação, histórico equívoco.

A doutrina majoritária e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vêm se manifestando em favor da teoria da asserção e entendendo pela impossibilidade da repositura de “ação carente” sem que a condição faltante tenha sido satisfeita, o que coaduna com os objetivos do presente trabalho. Nestes trilhos caminha - ao que parece, à extinção - a categoria jurídica condições da ação no Processo Civil brasileiro. Do mesmo modo, o projeto de novo Código de Processo Civil expurga a possibilidade jurídica do pedido e a terminologia “condições da ação”, ainda vigentes.

## REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 1 v.
- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 2 v.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Substituição Processual*. São Paulo: Dialética, 2003. n. 09.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ação declaratória e interesse. Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- \_\_\_\_\_. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. n. 404.
- \_\_\_\_\_. *Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial. Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Exposição sistemática do procedimento*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BARRAL, Welber; ANDRADE, Henry Clay. *Inovações no Processo Civil*. Florianópolis: OAB/SE, 1999.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Ação de imissão de posse no direito brasileiro atual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1991. 1 v.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.
- \_\_\_\_\_; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5. ed. Revisada e atualizada. São Paulo: RT, 2010. p. 87.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: s/ed. 1991, out-dez, n. 53.
- BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, 7 v.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Da ação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação civil pública*. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946. Rio de Janeiro: 18 de set. 1946.

- \_\_\_\_\_. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292p.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei 1.608, de 18.09.1939. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, 18 de set. de 1939, 118º da Independência e 51º da República.
- \_\_\_\_\_. Lei 556, de 25.06.1850. Código Comercial. Rio de Janeiro: 25 jun. 1850.
- \_\_\_\_\_. Lei 3.071, de 01.01.1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 01 de jan. 916, 95º da Independência e 25º da República.
- \_\_\_\_\_. Lei 4.717, de 29.06.1965. Lei da Ação Popular. Regulamenta a ação popular. Diário Oficial da União. Brasília, 29 jun. 1965.
- \_\_\_\_\_. Lei 5.869, de 11.01.1973. Código de Processo Civil. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 jan. 1973.
- \_\_\_\_\_. Lei 7.347, de 24.07.1985. Lei da Ação Civil Pública (LACP). Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 jul. 1985.
- \_\_\_\_\_. Lei 8.078, de 11.09.1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 set. 1990.
- \_\_\_\_\_. Lei 8.952, de 13.12.1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Diário Oficial da União, Brasília, 13 dez. 1994.
- \_\_\_\_\_. Lei 9.099, de 26.09.1995. Lei dos Juizados Especiais. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 11 set. 1990.
- \_\_\_\_\_. COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI NO 6.025, DE 2005, AO PROJETO DE LEI NO 8.046, DE 2010, AMBOS DO SENADO FEDERAL, E OUTROS, QUE TRATAM DO “CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL” (REVOGAM A LEI NO 5.869, DE 1973). Brasília, 2013.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.063/DF. Relator Ministro Celso de Mello, 18.05.1994. Diário de Justiça, Brasília, 27 abr. 2001, p. 00056.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 298.694/SP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 06.08.2003. Diário de Justiça, Brasília 24 abr. 2004, p. 00155.
- \_\_\_\_\_. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2482/MG. Relator Ministro Moreira Alves, 01.10.2002. Diário de Justiça, Brasília, 25 abr. 2003, p. 32.
- \_\_\_\_\_. Mandado de Segurança 22.487/DF. Relator Ministro Celso de Mello, 01.08.2001. Diário de Justiça, Brasília, 14 ago. 2001, p. 00236.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no Recurso Especial 160.850/SP. Ministro Relator Edson Vidigal. Rel. p/ Acórdão Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, 03 fev. 2003. Diário de Justiça, Brasília, 29 set. 2003, p. 134.
- \_\_\_\_\_. 1ª T. REsp 505.303/SC. Relator Ministro Luiz Fux, 25.11.2003. Diário de Justiça, Brasília, 19 dez. 2003, p. 339.

\_\_\_\_\_. 2ª T. REsp 664.978/RS. Relatora Ministra Eliana Calmon, 14 jun. 2006. Diário de Justiça, Brasília, 20 fev. 2006, p. 196.

\_\_\_\_\_. 2ª T. REsp 879.188/RS. Relator Ministro Humberto Martins, 21.05.2009. Diário de Justiça, Brasília, 02 jun. 2009.

\_\_\_\_\_. 3ª T. REsp 45.935/SP. Relator Ministro Nilson Neves, 03.10.1994. Diário de Justiça, Brasília, 31 out. 1994, p. 294-295.

\_\_\_\_\_. 3ª T. REsp 922.793/RS. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 15.09.2010. Diário de Justiça, Brasília, 24 set. 2010, p. 65.

\_\_\_\_\_. 3ª T. REsp 897.739/RS – Relator Ministro Massami Uyeda, 05.05.2011. Diário de Justiça, Brasília, 18 mai. 2011, p. 46.

\_\_\_\_\_. 3ª T. REsp 1125128/RJ. Relatora Ministra Nancy Andrichi, 11.09.2012. Diário de Justiça, Brasília, 18 set. 2012, p. 116.

\_\_\_\_\_. 3ª T. REsp 1.157.383/RS. Relatora Ministra Nancy Andrichi, 14.08.2012. Diário de Justiça, Brasília, 17 out. 2012, p. 98.

\_\_\_\_\_. 3ª T. REsp 237.179/MG. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 07.03.2013. Diário de Justiça, Brasília, 13 mar. 2013, p. 86.

\_\_\_\_\_. 4ª T. REsp 103.584/SP. Ministro Relator Sálvio de Figueiredo Teixeira, 04.06.2001. Diário de Justiça, Brasília, 13 ago. 2001, p. 159.

\_\_\_\_\_. 4ª T. REsp 191.934/SP. Ministro Relator Barros Monteiro, 21.09.2000. Diário de Justiça, Brasília, 04 dez. 2000, p. 72.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

\_\_\_\_\_. *Do Despacho saneador*. Estudos de Direito. São Paulo: Saraiva, 1972. 1 v.

\_\_\_\_\_. *Repercussão das ideias de Liebman no código de processo civil vigente, in grandes processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A Ação no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Livraria Progresso, sem data.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. 3 v.

\_\_\_\_\_. *Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*. Revista de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1961. 4 v.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data – constituição e processo*. São Paulo: Forense, 1991.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012. 1 v.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 1 v.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam. 1936. 1 v.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: as relações processuais: a relação ordinária de cognição*. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. 1 v.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, Susana Henrique da. *Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CUNHA, José Carneiro da. *Interesse de agir na ação declaratória*. Curitiba: Juruá, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. 1 v.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: processo Coletivo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012b. 4 v.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação – o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Será o Fim da Categoria “Condições da Ação”? Um Elogio ao projeto do novo CPC*. Disponível em: <http://www.reajdd.com.br/html/ed3-5.pdf>. Acesso em 12.0.2013

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. 3 v.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa*. In: *Ensaio sobre Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa*. *Jurisprudência brasileira: cível e comercial*. Curitiba: Juruá, 1994. v. 175.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação: enfoque sobre o interesse de agir no Processo Civil Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT v.111, julho de 2003.

GOMES, Fábio. *Carência de ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*. São Paulo: RT, 1999.

GOMES, Magno Federici; SILVA, Henrique Medeiros. *Condições da ação e resolução de mérito no Processo Civil: análise sistêmica*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

GRECO, Leonardo. *A Teoria da ação no Processo Civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GUILLÉN, Victor Fairén. *Estudios de derecho procesal*. 1. ed. Madrid: ERDP, 1954.

KLIPPEL, Rodrigo. *As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção*. São Paulo: Scortecci, 2005.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre uma teoria eclética da ação*. Porto Alegre: Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, 1958.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. *Ensaio de uma teoria eclética da ação*. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, 1958.



LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 1 v.

\_\_\_\_\_. 3. ed. Tradução e Notas de Cândido Rogel Dinamarco. São Paulo: São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

\_\_\_\_\_. *O Despacho saneador e o julgamento do mérito*. Rio de Janeiro: Revista Forense: 1945. 104 v.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1 v.

\_\_\_\_\_. *Novas linhas do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 3 v.

MONTEIRO, João. *Curo de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Duprat, 1905. 1 v.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. Tomo I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1847.

SILVA, Henrique Medeiros; Gomes, Magno Federici. *Condições da ação e resolução de mérito no Processo Civil: análise sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. *Aspectos modernos do conceito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WACH, Adolf. *Pretensión de declaración*. Buenos Aires: EJE, 1962.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1 v.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Parma, 1999.

\_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: A Legitimação para Agir*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.